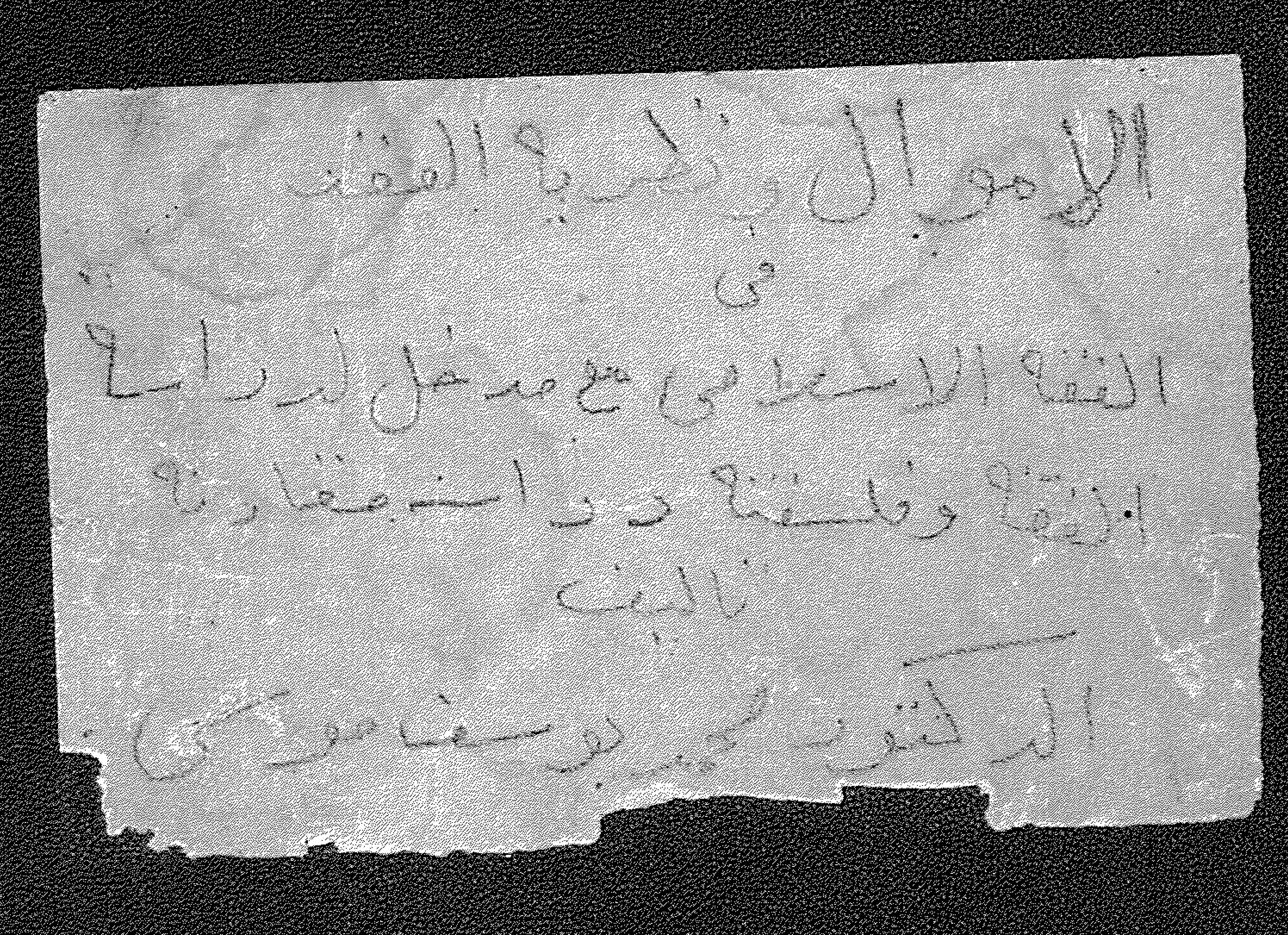

الأموال ونظرية العقد
في
الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة
الفقه وفلسفته دراسة مقارنة
تأليف
الدكتور محمد يوسف موسى

الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي

مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

دراسة مقارنة

تأليف

الدكتور محمد يوسف موسى

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول

الطبعة الأولى

١٣٧٢ هـ — ١٩٥٢ م

بالقاهرة

مطابع

دار الكتاب العربي بمصر

محمد حلمي المنياوي

إهداء

أهدى هذا البحث بكل إجلال إلى روح :

والدى الذى لم أره ، و إن ورثت منه كثيراً من خلاله الطيبة وأخلاقه الكريمة .

والدتى التى قامت على تربيتنا أنا وأخوىّ السيدين الفاضلين ، ومَنَّ الله عليها فرأتنا رجالا نقوم على خدمة الدين والعلم .

شيوخى من علماء الأزهر ورجاله ، الذين حبَّبوا إلىّ العلم ودفعونى فى طريقه الشاق اللذيذ .

الشيخ محمد زاهد الكوثرى التركى الأصل ثم المصرى أخيراً ، فهو من خير من عرفت من العلماء رواية ودراية ، ومن أبصرهم بالعلوم الإسلامية ومراجعها الأصيلة ، ومن أكثر الناس تواضعاً وحباً للعلم وعملا على نشره وتوجيه من يتصل به[1] .

إلى أرواح هؤلاء جميعاً أهدى هذا العمل المتواضع ، وأرجو الله لهم حسن المثوبة والجزاء ، وأن يجعلهم مع الذين أنعم عليهم من النبيِّين والصِّدِّيقين والشهداء والصالحين وحَسُن أولئك رفيقاً .

محمد يوسف موسى

---

(١) استأثرت رحمة الله به فى يوم الاثنين ٢٠ ذى القعدة عام ١٣٧٢ ﻫ الموافق ١١ أغسطس عام ١٩٥٢ م ، بعد حياة مباركة للدين والعلم ، فقد أربت مؤلفاته والكتب التى حققها أو اشترك فيها على المائة ، عدا مقالاته وتعليقاته على ترجمة دائرة المعارف الإسلامية .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، ورضوان الله على آل رسوله المصطفى وأصحابه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

١ — وبعد : هذا كتاب فى « الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى » ، وهو ما يُعرف فى كتب الفقه « بالمعاملات » ، أقدمه لطلاب كلية الحقوق بالجامعة ولجميع من يعنيهم دراسة الفقه الإسلامى من مراجعه الأولى الأصيلة . وقد عنيت فيه بصفة خاصة بالمقارنة بين آراء الفقهاء المسلمين بعضهم مع بعض من ناحية ، وبين هذه الآراء وما جاء فى القانون المصرى الحديث من ناحية أخرى ، وذلك عندما يتطلب الأمر وموضوع البحث هذه المقارنة .

وفى الفقه الإسلامى ثروة ضخمة من التشريعات العديدة التى تتناول الفرد والمجتمع والدولة من النواحى المختلفة ، بل تتناول أيضاً العلاقات الدولية بين الأمم جميعاً . ولن يستطيع أن يقف على مبلغ هذه الثروة من قَصَر نفسه على مذهب واحد من مذاهب الفقه لا يعدوه إلى غيره ، بل يجد تجاوزه غير جائز له ما دام قد التزمه مذهباً له .

٢ — وإذا كانت « الدراسة المقارنة » هى الضرب الأمثل من الدراسات فى الفلسفة والعلوم الاجتماعية والاقتصادية ونحوها ، فإنها كذلك بلا ريب فى الفقه والتشريع ، وهى — لهذا — الواجبة الاتّباع فى هذه الأيام بخاصة .

إن هذه الدراسة تساعدنا على التّحرُّر من رِبْقة التقليد فى الأصول والفروع الذى أخذ مِنّا بالخِناق ، وتجعلنا نعرف يقيناً أن الله لم يخص بالحق كله فقيهاً أو مذهباً

واحداً بعينه ، وتقدِّم مادة خصبة متجددة للذين يقومون بالقوانين الوضعية الحديثة ؛ وذلك ما يُعرّفهم بمـا للفقه الإسلامى من منزلة كُبْرى ، فيفيدون منه أجلّ فائدة حتى يكون المصدر الرسمى الأول لمـا يضعون من قوانين .

فضلا ، عن أن هذا النوع من الدراسة يرسُم لنا لوحة أمينة صادقة لجهود العقل الإنسانى فى هـذه الناحية ، ولتطوُّر الفكر فيما يتصل بالتشريع والتقنين ليتناسب مع ما يجدّ للناس من مشاكل الحياة العملية وأحوالها العديدة المختلفة ، وسواء فى ذلك جهود الفقهاء فى الشرق والغرب من المسلمين وغير المسلمين .

٣ — وإذا كان لكل قانون ، سماوى أو وضعى ، طبيعته وسِماتُه وخصائصه التى بها يتميز عن غيره من القوانين ، فإن للفقه الإسلامى من هذا كله ما يجعله بحق ضرباً فريداً من التشريعات والقوانين التى عرفها العالم حتى الآن ؛ سواء من ناحية الأسس التى قام عليها ، والمقاصد والغايات التى استهدفها ، والأحكام والحلول التى جاء بها على مَرِّ العصور ، وغير ذلك مما سيستبين لنا أثناء البحث إن شاء الله تعالى .

ولذلك رأيت من الخير ، بل من الضرورى ، أن أقدم للبحث كله بكلمات تعالج فى إيجاز نشأة الفقه وتدرّجه ، ومادته وينابيعه ، وتطوره بحسب تغير الزمان والمكان ، وطبيعته وخصائصه الثابتة رغم تغير الكثير من أحكامه . . . إلى غير هذا وذلك كله مما يتصل بتاريخ التشريع الإسلامى وفلسفته ، ويعتبر مَدْخلاً لابدّ منه لدراسة الفقه نفسه ، وبه يسير القارىء إلى ما هو بسبيله من الدراسة والبحث على هدى وبصيرة .

وحينئذ نعلم أنه ما ينبغى لنا أن نُؤخذ بمـا خلعه الزمن من قداسة على جميع الآراء الفقهية لرجاله وأعلامه القدامى ، لأن هذه « القداسة » — التى أكدها الزمن والجمود والكسل العقلى — منعتنا فى المـاضى ، ولا تزال تمنعنا فى الوقت الحاضر ، من التقدم والتطور لمسايرة العصر وما يجدّ فيه من مشاكل وأحداث تتطلب ما يناسبها من الأحكام التى لا تعارض القرآن والثابت من سنة الرسول عليه الصلاة

والسلام . وسيجىء لهذا زيادة بيان عند ختام هذه الدراسات التى جعلناها « مَدْخلا » للبحث كله ، وذلك عند ما نستخلص منها النتائج الحتميّة التى تؤدى إليها .

٤ — هذا ، ولست بالذى يزعم أنى أسير فى طريق لم يسلكه غيرى من قبل ، فقد سار فى هذا الطريق الوعر الشاق كثير من أفاضل العلماء وكبار الرُّوَّاد فى هذا الزمن المعاصر ، وقد أفدت من أعمالهم جميعاً . أجزل الله مثوبة من اصطفاه منهم لجواره ، وأمدّ فى حياة الباقين ، ورزقنى وإياهم العون والتوفيق .

وقد اقتضى البحث ومنهاج الدراسة تقسيم الموضوع إلى هذه الأقسام :

(١) القسم الأول فى المدخل لدراسة الفقه وفلسفته .

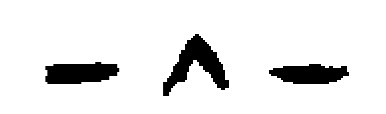
(٢) القسم الثانى فى الأموال .

(٣) القسم الثالث فى نظرية العقد .

٥ — وأخيراً ، هذا عمل يُعتبر باكورة لى فى هذه الناحية من نواحى الدرس والمعرفة ، بعد أن قضيت عمراً طويلا فى دراسة التاريخ والعلوم الفلسفية وفى تطبيق الفقه عملياً فى المحاماة ، ولهذا أعتذر عما يكون فيه من نقص بما قال العماد الأصفهانى :

« إنى رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه إلا قال فى غده : لو غُيِّر هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يُستحسن ، ولو قُدِّم هذا لكان أفضل ، ولو تُرِكَ هذا لكان أجمل . وهذا من أعظم العِبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

روضة القاهرة { ١٧ من المحرم سنة ١٣٧٢ هـ
٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٢ م



القسم الأول

مدخل لدراسة الفقه وفلسفته

الشريعة والفقه

جرى الأمر فى كليات الحقوق بالجامعات المصرية على إطلاق كلمة : « الشريعة الإسلامية » على « الفقه الإسلامى » ، بل على أنها مرادفة له ؛ مع أن « الشريعة » أعم كثيراً من « الفقه » ، وسبق أن عُرفت فى اللغة العربية قبل ظهور كلمة « فقه » بزمن طويل .

٦ — يراد « بالشريعة » كل ما شرعه الله للمسلمين من دين ؛ سواء أكان بالقرآن نفسه ، أم بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير . فهى ، لهذا ، تشمل أصول الدين ، أى ما يتعلق بالله وصفاته والدار الأخرى وغير ذلك كله من بحوث علم التوحيد أو علم الكلام . كما تشمل ما يرجع إلى تهذيب المرء نفسه وأهله ، وما يجب أن تكون عليه العلاقات الاجتماعية ، وما هو المثل الأعلى الذى يجب أن يعمل لبلوغه أو مقاربته ، وما هى الطرق التى بها يصل إلى هذا المثل أو الغاية من الحياة ، وذلك كله هو ما يعرف باسم علم الأخلاق . ومع هذا أو ذاك ، تشمل الشريعة أحكام الله لكل من أعمالنا ؛ من حل ، وحرمة ، وكراهة ، وندب ، وإباحة وذلك ما نعرفه اليوم باسم الفقه المرادف لكلمة قانون فى عُرف المُحْدَثين .

وفى ذلك نجد أحد الذين عنوا عناية فائقة بتحقيق مصطلحات العلوم ، وهو محمد على التَّهانَوِى يقول[1] : « الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التى جاء بها نبى من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم ؛ سواء كانت متعلقة بكيفية عمل ، وتُسمى فرعية وعملية ، ودُوِّن لها علم الفقه ؛ أو بكيفية الاعتقاد ، وتسمى أصلية واعتقادية ، ودُوِّن لها علم الكلام . ويسمى الشرع أيضاً بالدين والملة » ،

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون ، مادة : شريعة ، المجلد الأول ص ٨٣٥ — ٨٣٦ من طبعة الاستانة عام ١٣١٧ هـ .

إلى آخر ما جاء فى مادة « شريعة » مما فيه التفرقة واضحة بينها و بين الفقه ، و إن كان قد ذكر ما يفيد أنها قد يراد بها الفقه فى بعض الأحيان من باب إطلاق العام و يراد به الخاص .

الفقه ، إذاً ، أخص من الشريعة ، لأنه جزء منها و بعض ما تشتمل عليه ، وهذا واضح من تعريفات العلماء له .

٧ — من هؤلاء السيد الشريف الجُورْجانى إذ يقول [١] : « الفقه هو فى اللغة عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه ، وفى الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . . . وهو علم مُسْتَنبط بالرأى والاجتهاد ، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل ، ولهذا لا يجوز أن يُسَمَّى الله تعالى فقيهاً لأنه لا يخفى عليه شيء » .

ومنهم الإمام أبو حامد الغزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ إذ يقول [٢] : « والفقه عبارة عن العلم والفهم فى أصل الوضع ، يقال فلان يَفْقَه الخير والشر أى يعلمه و يفهمه ولكن صار بِعُرْف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة . . . كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة ، وكون العقد صحيحاً وفاسداً و باطلا ، وكون العبادة قضاء وأداء ، وأمثاله » .

و بعد الغزالى الشافعى ، نجد علاء الدين الكاسانى الحنفى المتوفى عام ٥٨٧ هـ يذكر أنه لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه ، وهو المسمى بعلم الحلال والحرام والشرائع والأحكام ؛ له بعث الرسل وأنزل الكتب ، إذ لا سبيل إلى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع » [٣] .

٨ — و بعد هؤلاء جميعاً نجد التهانوى يذكر أن الشافعية يُعَرِّفون الفقه بأنه

---

(١) كتاب التعريفات ، مادة : فقه ص ١١٢ من طبعة استانبول عام ١٣٢٧ هـ

(٢) المستصفى من علم الأصول ، طبعة بولاق سنة ١٣٢٢ هـ ، جـ ١ : ٤ — ٥

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى عام ١٣٢٧ هـ بمطبعة شركة المطبوعات العلمية جـ ١ : ٢ . ونشير هنا إلى أن المعتزلة يرون أن الشرع ورد مجيزا ومقرراً لأحكام العقل لا منشأ لها .

« العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية »[1] ويجعلونه أربعة أقسام ، فقد قالوا : « الأحكام الشرعية : إما أن تتعلق بأمر الآخرة ، وهى العبادات أو بأمر الدنيا . وهى إما أن تتعلق ببقاء الشخص ، وهى المعاملات ، أو ببقاء النوع باعتبار المنزل وهى المناكحات ، أو باعتبار المدينة وهى العقوبات[2] .

على أن القول بأن العبادات تتعلق بأمر الآخرة ، على معنى قَصْرها عليها ، فيه تسامح كبير ، فالعبادات فيها منافع غير منكورة للشخص والمجتمع فى هذه الحياة الدنيا إن الصلاة بحركاتها ، وما يلزمها من نظافة وطهارة ، فيها صحة الجسم وتهذيب النفس وكذلك الصوم أيضاً ؛ والحج فيه رياضة للنفس وتبادل المنافع الدنيوية والتشاور فى الرأى لصالح المسلمين بعامة ، والزكاة ، فيها إصلاح للفقير والمجتمع ؛ إلى غير ذلك كله من ضروب المنافع الدنيوية التى لا نكاد نحصيها عداً فى العبادات .

٩ — وقد قلنا فيما تقدم بأن اللغة العربية عرفت كلمة « شريعة » قبل كلمة « فقه » بزمن طويل . ذلك بأننا نجد مادة : « شرع » ومشتقاتها وردت فى كثير من آى القرآن الكريم ، بل نجد كلمة : شريعة نفسها جاءت فى قوله تعالى : « ثم جَعَلْناك على شريعة من الأَمْر فاتَّبِعْها »[3] ؛ وهذا فى مقابلة الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية ، ويراد بها الدين بصفة عامة .

على حين أن كلمة « فقه » لم تعرفها لغة العرب فى معناها الذى نريده اليوم إلا بعد مضى صدر من الإسلام . وفى هذا يقول ابن خلدون فى الفصل الذى عقده للكلام عن علم الفقه وما يتبعه من الفرائض[4] « الفقه معرفة أحكام الله تعالى فى أفعال المكلَّفين ، بالوجوب والحظْر والنَّدْب والكراهة والإباحة ، وهى مُتَلَقَّاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا اسْتُخْرِجَت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها : « فقه » . ويذكر بعد هذا بأن هؤلاء الذين يستخرجون هذه

---

(١) و (٢) كشاف اصطلاحات الفنون ، عند الكلام على علم الفقه فى مقدمته فى بيان العلوم المدونة ج ١ : ٣٦ ، ٣٧

(٣) (الجاثية ك ٤٥ : ١٨) .

(٤) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم عام ١٣٢٢ هـ ، ص ٣٠٣ .

الأحكام كانوا يُسَمَّون فى فجر الإسلام بالقراء ، تمييزاً لهم عن الذين لم يكونوا يقرءون الكتاب الكريم ، إذ كان العرب أمة أمية كما نعلم . « ثم عَظُمت أمصار الإسلام وذهبت الأمية من العرب بممارسة الكتاب ، وتمكن الاستنباط وكَمُلَ الفقه وأصبح صناعة وعلماً فبدِّلوا باسم الفقهاء والعلماء من القُرَّاء »[1] .

نشأة الفقه وتدرجه

١٠ — الفقه الإسلامى مَثَله مثل كل كائن حى مادى أو معنوى ، لا ينشأ من لا شىء ، ولا يبلغ كماله طفرة واحدة ، بل ينشأ من شىء موجود سابق عليه ، ويأخذ فى السير متدرجا فى مراتب الحياة والوجود حتى يبلغ أقصى ما يقدر له من نضج وكمال ، ثم ينال منه الزمن وأحداثه حتى يدركه الهرم .

والعرب الذين نزل القرآن بلغتهم ، وأصبحوا حملة الإسلام ودعاته وناشريه فى أقطار الأرض ، كانوا أمة أمية حقاً ليس لها ما لجيرانها من الروم والفرس من علوم وفلسفات وثقافة عالية . إنهم لم يكونوا يُعنَوْن إلا بعلم اللسان واللغة والشعر ، وبرواية السِّير والتاريخ ، و بشىء من علم التنجيم اضطرتهم إليه ظروف الحياة وعرفوه عن التجربة ؛ « لا على طريق تعلم الحقائق ، ولا على سبيل التدرب فى العلوم » كما يقول صاعد الأندلسى المتوفى عام ٤٦٢ هـ[2] .

١١ — إلا أنه ليس لنا أن نستنتج من ذلك أن العرب لم يكن لهم شىء من القوانين يحكم حياتهم ومعاملاتهم ، قوانين لم تصدر حقاً عن سلطة تشريعية كما كان الحال بعد أن جاء الإسلام ، ولكنها كانت أوضاعاً وتقاليد وأعرافاً استفادوا أكثرها عن البلاد التى كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها اتصالات عرفها التاريخ[3] . ومن هذه البلاد الشام وقد كان قطراً يطبق فيه القانون الرومانى، والعراق حيث كان

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، مطبعة التقدم ، عام ١٣٢٢ هـ ص ٣٥٣ .

(٢) طبقات الأمم ، مطبعة محمد مطر بمصر ص ٥١ .

(٣) ومن المسلم أنه يكون من هذه الاتصالات تأثير وتأثر من الطرفين ، ويكون التأثر عادة من الطرف الأدنى حضارة وتقدما .

يسود القانون الفارسى ، فضلا عن كان فى « يَثْرِب » — التى سميت « بالمدينة » فيما بعد — من اليهود وقد كان لهم قانونهم وتشريعاتهم الموسوية .

وإلى جانب ذلك ، نعرف من تاريخ الأمم والشعوب أنه كان لكل مجتمع ، مهما كانت درجته من الحضارة والرقى الفكرى والعملى ، حظه من قواعد قانونية يجرى عليها فى معاملاته وعقوده وتصرفاته المالية، وفى المسائل الشخصية التى تبنى عليها الأسرة كالزواج ونحوه ، وفى علاج جرائم المجتمع بوضع العقوبات الزاجرة عنها الرادعة لمن يقترفون شيئاً منها ، وفى غير هذا كله من الشئون ومسائل الحياة ومشاكلها .

١٢ — والمجتمع العربى ، فى شبه جزيرة العرب قبل الإسلام ، لم يشذ طبعاً على هذا الأصل الذى يقوم عليه بقاء الشخص والنوع والاجتماع والعمران .

من أجل ذلك ، نعرف من التاريخ أن العرب عرفوا فى جاهليتهم قواعد قانونية كثيرة قام عليها مجتمعهم ، وكان ذلك فى نواح شَتَّى من النواحى التى عالجها الإسلام فيما بعد . بما جاء به من فقه وتشريعات ، وقد أقرّ الرسول صلى الله عليه وسلم كثيراً من هذه القواعد والمبادىء التى كانت قد تبلورت فصارت أعرافاً ينزلون على حكمها ، فما كان الإسلام ليغيّر كل ما كانت عليه الأمة العربية حتى ما كان صالحاً لبناء مجتمع صالح للحياة الطيبة ، ومن ثمّ لنا أن نقرر أن الإسلام طرأ على مجتمع له تقاليده وأعرافه وحياته القانونية .

* * *

١٣ — عرف العرب كثيراً من ضروب المعاملات ؛ كالبيع ، والرهن ، والشركة ، والمضاربة ، والإجارة والسَّلَم . وأقر الإسلام ، فى كتابه الكريم وعلى لسان رسوله وفعله وتقديره ، غير قليل من أنواع هذه التصرفات والعقود حين وجدها صالحة للبقاء ، وحرّم وألغى ما كان غير صالح منها . وكان من هذا الذى حرّمه الربا لأن فيه أكل أموال الناس بالباطل ، كما كان مما نهى عنه أنواع من البيوع

— سيجيء الكلام عنها — لما تؤدي إليه من غَرَر ومنازعات . وهذه الإشارة تحتاج إلى بعض الإيضاح ، فلنذكر من الشواهد والأدلة ما يدل على ذلك الذي تشير إليه .

جاء في سنن أبي داود ومسند ابن حنبل عن الرسول أنه قال للسائب ابن أبي السائب وقد جاءه يوم الفتح : « كنت شريكي ، فنعم الشريك ! كنت لا تداري ولا تُماري » ، وقد رُوي أيضاً بألفاظ أخرى[١] وقال ابن هشام ، وهو يتحدث عن زواج الرسول بخديجة بنت خُوَيْلد ، وكانت خديجة بنت خويلد امرأة تاجرة ، ذات شرف ومال ، تستأجر الرجال في مالها وتضاربهم إياه بشيء تجعله لهم[٢] » .

من هذين الخبرين ، نرى أن العرب عرفوا عقد الشركة والإجارة والمضاربة[٣] ، وهي عقود أقرها الإسلام لأن الحياة العملية لا تقوم بدونها ، ثم وضع الفقه فيما بعد قواعدها وشروطها وحدودها ، وذلك ليكون الغرض منها مصلحة المتعاقدين معاً في حدود شرع الله ورسوله .

١٤ — كما عرف العرب عقد السَّلَم ، وهو شراء الشيء الذي لم يوجد بعدُ بثمن عاجل حال ، ولهذا نجد الرسول حين ينهى عن بيع المعدوم لما فيه من الغَرَر والخطر يستثني السَّلَم إذ كان نوعاً من المعاملات التجارية المعروفة قبل الإسلام وبخاصة عند أهل يَثْرِب ، ولما يكون في منعه من الحرج والتضييق على الناس .

---

(١) راجع سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني المتوفى عام ١١٨٢ هـ ، حـ ٣ : ٨٣ — ٨٤ ، طبعة صبيح بالقاهرة .

(٢) سيرة بن هشام ، نشر المكتبة التجارية عام ١٩٢٧ م ، حـ ١ : ٢٠٢ .

(٣) أنظر في إقرار الرسول للمضاربة على ما كانت عليه قبل الإسلام ، أعلام الموقعين لابن القيم حـ ٤ : ١٦ ؛ وأيضاً الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، حـ ٣ : ٣٤٦ ، إذ قال : القراض (وهو المضاربة) كان في الجاهلية ، وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها وفيهم من لا يطيق السفر ، فكان ذوو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح فأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الإسلام ، وعمل به المسلمون عملا متيقناً لا خلاف فيه ، وقد خرج صلى الله عليه وسلم في قراض بمال خديجة .

وفى هذا يروى إماما المحدِّثين البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسْلِفون بالتمر السنتين والثلاث ، فقال : « من أسْلف فى شىء ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[1] » .

١٥ — وفى ناحية ما يسمى اليوم فى الفقه « بالأحوال الشخصية » ، نراهم تعارفوا ضروباً مختلفة ، من صلة الرجل بالمرأة ، وقد أقرّ الإسلام منها ما يتفق والشريعة ، ، وحرّم الأنواع الأخرى التى لم تكن إلا سِفاحاً صريحا .

وفى ذلك يقول الإمام البخارى فى صحيحه . « إن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء ، فنكاح منها نكاح الناس اليوم ؛ يخطب الرجل إلى الرجل وليَّته أو بنته ، فيُصْدِقها ثم ينكحها[2] . فهذا هو عقد الزواج الذى أقرّه الإسلام ووضع له أصوله وحدوده ، ليقوم به بيت صالح وأسرة طيبة هى أساس المجتمع ، وقد كان لا بد فيه من الخِطْبة والمهر ، كما كانت المرأة لا تُزوَّج إلا بإذنها .

١٦ — جاء فى كتاب الأغانى لأبى الفرج الاصفهانى[3] . « أن الحارث بن عوف المُرِّى وفد على أوس بن حارثة الطائى يخطب إليه إحدى بناته ، وكان له ثلاث بنات . فعرض الأمر على الكبرى والوسطى فأبتا ، ثم خاطب الصُّغْرى فقال لها : هذا الحارث بن عوف ، سيد من سادات العرب ، جاء طالباً خاطباً ، فقالت : أنت وذاك ؛ فأخبرها بإباء أختيها ، فقالت : لكنى والله لَلْجَميلة وجهاً ، الصَّناع يداً ، الرفيعة خُلقاً ، الحسيبة أباً ؛ فإن طَلَّقَنى فلا أخْلف الله عليه بخير » ؛ فزوجها الحارث .

إذاً ، قد عرف العرب قبل الإسلام ما أقره الإسلام من الزواج حين جاء ؛ كما عرفوا أيضاً فسخ الزواج بالطلاق ، وإن لم يكونوا يتقيدون بعدد فى الطلاق .

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان حـ ٢ : ١٨٢ .
(٢) راجع كتاب النكاح ، باب من قال : لا نكاح إلا بولى .
(٣) حـ ٩ : ١٤٢ — ١٤٣ ، من طبعة الساسى .

«روى الترمذى والحاكم وغيرهما من المحدِّثين عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : كان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها ، وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة ، وإن طلقها مائة طلقة وأكثر » . ولذلك نزل القرآن بتحديد عدد الطلقات ، وبأنه ليس للزوج بعد الثالثة مراجعة .

١٧ — وعلى ذلك النحو من صلة الرجل بالمرأة بطريق الزواج الذى تتقدمه خِطْبَة الزوجة من وليِّها ، نجد زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة رضى الله عنها . فقد روى أبو العباس المُبَرِّد المتوفى عام ٢٨٥ هـ أن أبا طالب خطب فى هذا الزواج ، فقال : « الحمد لله الذى جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل ، وجعل لنا بلداً حراماً ، وبيتاً محجوجاً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن محمداً بن عبد الله ابن أخى ممن لا يُوازَن به فتى من قريش إلا رَجَح عليه : بِرًّا وفضلا وكرماً ، وعقلا ومَجْدًا ونُبْلاً . وإن كان فى المال قُلّ ، فإن المال ظل زائل ، وعارية مُسْتَرْجَعة . وله فى خديجة بنت خُوَيْلد رغبة ، ولها فيه مثل ذلك ، وما أحببتم من الصداق فَعَلَىّ »[١] .

ويروى ابن هشام[٢] فى سيرته أن أبا طالب قال : « ومحمد من قد عرفتم قرابته ، وقد خطب خديجة بنت خُوَيْلد ، وبذل لها من الصداق ما آجِلُه وعاجِله كذا من مالى ، وهو والله بعد هذا له نبأ عظيم وخطب جليل جسيم » . وكان أن تم الزواج ، وقام بتزويجها عمُّها عَمْرُو بن أسد وابن عمّها وَرَقَةُ بن نَوْفل بشهادة صناديد قريش .

من هذا نرى أن عقد زواج الرسول جرى على ما جاء به الإسلام بعدُ ؛ من صداق يدفع للمرأة ، وقيام وليِّها به ، وشهادة من ملأ من الناس ليتوافر له ركن العلانية ، تمييزاً له عن الزنى والسفاح . ولا عجب ! فهو زواج من أعدَّه الله لحمل رسالته ، وصانه من أوضار الجاهلية .

---

(١) تهذيب الكامل ، ص ١ : ٤

(٢) سيرة ابن هشام ، جـ ١ : ٢٠٤ فى الهامش ، وص ٢٠٣ — ٢٠٦ من الأصل .

١٨ — وبعد ناحية الأحوال الشخصية ، نجد فى باب العقوبات أنهم كانوا يقولون : « القتل أنْفَى للقتل » أى أن عقوبة القتل العمد هى القصاص من القاتل ، على حين كانت عقوبة القتل الخطأ هى الدِّية .

ولم يقرّ الإسلام عقوبة القتل العمد والخطأ على ما كان عليه العمل قبله فقط ، بل أقر كذلك ما يُعرف « بالقسامة »[1] حين يقتل قتيل فى مَحِلّة ولا يُدْرى قاتله . ففى صحيح مُسْلم أن النبى أقرّ القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية ، كما ذكر البخارى فى صحيحه صفتها فى الجاهلية فى حديث طويل يبين منه أن الرسول قضى بها حين قُتل رجل من الأنصار فى أرض لليهود ولم يعرفوا من قتله منهم[2] .

* * *

١٩ — إلا إننا ، مهما عددنا ما عرفه العرب قبل الإسلام من قواعد ومبادىء قانونية ، فى هذه الناحية أو تلك من نواحى الحياة العملية ، فلا نستطيع أن نزعم أنهم وصلوا من ذلك إلى ما يكفى ليقوم عليه مجتمع سليم وأمة صالحة للحياة . وما كان يمكن أن يكون الأمر إلا كذلك ، ونصيب العرب فى الجاهلية من الرقى والحضارة كان نصيباً محدوداً إلى درجة كبيرة ، ومن أجل هذا وغيره كانت الحاجة ماسة جداً إلى الإسلام وشريعته .

أجل ! ظهر الإسلام والعرب ، بل العالم كله ، فى أشد الحاجة إليه ؛ فآتاهم العقيدة الحقة ، والشريعة الصحيحة ، والنُّظُم التى يقوم عليها المجتمع والأمة لِتُسْهِم فى بعث العالم ونهضته وإخراجه من الظلمات للنور ، وكان من هذه الشريعة والنظم ما نسميه « بالفقه الإسلامى » .

٢٠ — وهذا « الفقه » ، كما نعرفه اليوم ، لم ينشأ مرة واحدة كاملا ، بل

---

(١) هى حلف خمسين من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل ، يتخيرهم وليه ، بأنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة جميعا .

(٢) وانظر أيضاً فى ذلك إعلام الموقعين ، جـ ٤ : ٣٠٤

تدرَّج فى مراحل مختلفة حتى بلغ ما قُدِّر له من نُضْج وكمال ، شأنه فى هذه الظاهرة شأن كل كائن وُجد وعرف نور الحياة .

على أن الرسول صلى الله عليه وسلم ، لم ينتقل إلى الرفيق الأعلى حتى كان الفقه قد استكمل أهم أصوله التى قام عليها واستوى فيما بعد ، إذ انقضى بوفاة الرسول عهد وضع الشريعة فى أسسها وأصولها ؛ فلم يبق للعلماء والفقهاء بعده إلا الرجوع إلى ما تمَّ فى حياته ، واستلهام ما أوصى الله إليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع والتطبيق حسب الظروف والزمان والمكان .

الأدوار التى مرّ بها الفقه :

٢١ — ونستطيع بعد ذلك ، أن نقول بأن الفقه الإسلامى تدرج فى أدوار أربعة[1] :

الأول : دور النشأة الذى كان أيام حياة الرسول ، وقد انتهى بوفاته عام ١١ هـ وقد استمر اثنين وعشرين عاماً و بضعة شهور .

الثانى : دور الشباب أيام الصحابة وكبار التابعين ، وقد استمر هذا الدور إلى ما بعد القرن الأول الهجرى بقليل :

الثالث : دور النضج والكمال ، وقد انتهى فى منتصف القرن الرابع ، وفيه كان التدوين وظهور الأئمة المجتهدين الكبار .

الرابع : دور الشيخوخة والهرم ، وهو عهد التقليد الذى لا يزال مع الأسف الشديد مستمراً حتى اليوم . وإن كان هذا الدور لم يَخْل من مجتهد مطلق أو خاص بمذهب من المذاهب المعروفة ، يظهر من حين إلى آخر .

---

(١) جعل المرحوم الشيخ محمد الخضرى بك هذه الأدوار ستة ، وجعلها الشيخ محمد الحجوى أربعة . انظر تاريخ التشريع الإسلامى للخضرى ص ٣ — ٤ ، والفكر السامى للحجوى ج ١ : ص ١ — ٢ .

١ ـ الدور الأول دور النشأة :

٢٢ — بدأ الفقه فى هذا الدور ينشأ ويتكون ، وعماده القرآن الكريم ثم السنة على اختلاف ضروبها : قولية ، أوفعلية ، أو تقريرية . ولم تستمر هذه الفترة إلا سنوات قليلة هى اثنتان وعشرون سنة وأشهر ، وفيها نزل القرآن ، وتم نزوله بقوله تعالى[١] : « اليوم أكملتُ لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا[٢] » .

وهنا يجدُر بنا أن نلاحظ أن ما نزل من القرآن بمكة ، وهو أقل بقليل من الثلثين من مجموعه ، لم يشتمل على كثير من التشريع الفقهى ؛ إذ كان المقصود الأول فيه هو الدعوة إلى الله وتوحيده ، ونبذ ما كان يعبد الناس قبل الإسلام من مختلف المعبودات ، وإقامة الأدلة على ذلك وعلى وجود الدار الأخرى ، وتسلية الرسول فيما كان يلقاه فى سبيل الدعوة من شدائد بضرب الأمثال له بقصص أسلافه من الرسل والأنبياء . أما التشريعات الفقهية التفصيلية ، فقد نزل الجانب الأكبر منها فى السور المدنية وهى بالنسبة لمجموع القرآن أكثر من الثلث ١/٣ بقليل[٣] .

٢٣ — ولا عجب فى أن يكون هذا منهج القرآن ! إن المُهِمّ الأول كان صرف الناس عن الأديان الباطلة وتوجيههم للدين الحق ، وكان هذا يتطلب بلا ريب إقامة الحجج والأدلة على صحة ما يدعو إليه . على أن الجانب المكى من القرآن لم يخل ، مع ذلك ، من بعض التشريعات العملية ولكن على طريق الإجمال لا التفصيل . وبعد أن تم للرسول النصر ، ولدينه الحق الثبات ، ودخل الناس أفواجا فى الإسلام ، كان قد آن أن يتنزّل الوحى بالتشريعات المفصلة التى لا بدّ منها

---

(١) سورة المائدة (٥ : ٣) .

(٢) نزلت هذه الآية يوم عرفة عام الحج الأكبر فى السنة العاشرة من الهجرة ، وهى فى رأى كثير من المفسرين آخر القرآن نزولا ، بمعنى أنه لم ينزل بعدها شىء من آيات الأحكام . وعلى كل ، فلم يعش الرسول بعد نزولها إلا إحدى وثمانين ليلة .

(٣) تاريخ التشريع للخضرى بك ، ص ٨ .

لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم ومجتمعهم على هَدْى الله وما فيه مصلحتهم ، وكان محل هذا كله بالمدينة .

حقاً ، لقد بدأ أن يكون للإسلام والمسلمين دولة بالمدينة ، والدولة تتطلب ما تقوم به من نظم وتشريعات وقوانين تحـدد العلاقات بين أفرادها و بينها و بين الدول الأخرى ، وكان هذا هو السبب فى أن أكثر هذه النظم والتشريعات نشأت بالمدينة .

٢٤ — وكان من الحكمة ، ومما يتفق وطبائع الأمور ، أن لم تنشأ هذه التشاريع مرة واحدة ، بل كان ذلك على التدريج حسب الحاجة التى تدعو إليها ، وفى هذا دفع للحرج عن المسلمين وأخذهم بالتيسير فى التكاليف والأحكام ، و بخاصة وقد كانوا حديثى عهد بحياة لها أعرافها وتقاليدها التى تختلف فى الكثير منها عما جاء به الإسلام .

والذى يقرأ القرآن ، فى استقصاء وملاحظة ، يرى أن منه ما نزل إجابة عن أسئلة كان بعض المسلمين يتقدم بها إلى الرسول إذ يُحسُّون الحاجة إليها ، وكان منه تشريعات تنزل من السماء بلا سؤال . والضرب الأول نجده مصوراً بكلمة : « يسألونك » ، أو كلمة : « يَسْتفتونك[1] » .

٢٥ — وقد وردت كلمة : « يسألونك » فى القرآن خمس عشرة مرة ، وكانت فى ثمان منها أسئلة عن بعض ما يتناول الفقه من موضوعات مختلفة ، وهى :

١ — يسألونك ماذا ينفقون ، قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين[2] .

٢ — يسألونك عن الشهر الحـــرام قتالٍ فيه ، قل قتالٌ فيه كبير[3] .

٣ — يسألونك عن الخمر والميسر ، قل فيهما إثم كبير[4] .

(١) يلاحظ أن هذه الأسئلة الفقهية جاءت كلها فى سور مدنية .

(٢) البقرة ٢ : ٢١٥ .

(٣) البقرة ٢ : ٢١٧ .

(٤) البقرة ٢ : ٢١٩ .

٤ — ويسألونك ماذا ينفقون ، قل العفو[١] .

٥ — ويسألونك عن اليتامى ، قل إصلاح لهم خير[٢] .

٦ — ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يَطْهُرْن[٣] .

٧ — يسألونك ماذا أُحلَّ لهم ، قل أُحلَّ لكم الطيبات[٤] .

٨ — يسألونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول[٥] .

وجاءت كلمة : « يستفتونك » مرتين ، وهما :

١ — ويستفتونك في النساء ، قل الله يُفتيكم فيهن[٦] .

٢ — يستفتونك قل الله يُفتيكم في الكلالة[٧] .

٢٦ — إذاً كان التشريع فى هذه الفترة لا يقوم إلا على هذين المصدرين العظيمين : القرآن ، والسنة . فكان الرسول إذا سُئِل عن مسألة ، أو جَدَّت حادثة تقتضى حكما من الشارع ، ينتظر الوحى السماوى ؛ فإن نزل بالمراد كان بها ، وإلا كان هذا إيذاناً من الله بأنه وكل إلى رسوله أن ينطق بالتشريع اللازم ، ومعلوم أنه لا ينطق عن الهوى .

وأحياناً أخرى ، كان الرسول يجتهد فى الحكم ثم يصدر رأيه ، وهنا لا يُقرُّه الله على هذا الرأى إلا إذا كان صوابا . على أن الرسول كان ، فى هذا الاجتهاد ، يَسْتَلْهِمْ طبعاً ما نزل من قانون الله وشريعته ، مع تقدير للمصلحة واستشارة لأصحابه . ومن أجل ذلك ، يجب أن نجزم بأن كل التشريعات التى ظفر بها الإسلام فى عهد الرسول كانت إلٰهية ؛ إما عن طريق مباشر بنزول القرآن بها ، وإما عن الرسول فى بادىء الأمر ثم يُقرُّه الله عليها .

٢٧ — وليس هنا مجال البتِّ فى الخلاف بين مانعى اجتهاد الرسول ومجيزيه ؛ فقد اشتد الخلاف فى ذلك بين علماء الأصول والفقه ، ولكلٍّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا

(١) البقرة ٢ : ٢١٩ . (٢) البقرة ٢ : ٢٢٠ . (٣) البقرة ٢ : ٢٢٢ .
(٤) المائدة ٥ : ٤ . (٥) الأنفال ٨ : ١ . (٦) النساء ٤ : ١٢٧ .
(٧) النساء ٤ : ١٧٦ .

وسنده الذى يستند إليه[١] . ولكن علينا أن نقرر أنه قد جاء فى القرآن نفسه ما يفيد أنه كان للرسول اجتهاد فى بعض النوازل والأحداث ، وأن الله لم يقرِّد على رأيه فى بعض ما ذهب إليه ، وكان منه له من أجل ذلك عتاب شديد أحياناً .

(١) فى مسند الإمام أحمد بن حنبل[٢] (١٦٤ — ٢٤١ هـ) أنه لما فتح الله على المسلمين يوم « بدر » وأسروا كثيراً من المشركين ، استشار الرسول أبا بكر وعمر وعلياً فيما يصنع بالأسرى . فقال أبو بكر : « يا نبى الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفِدْية فيكون ما أخذنا منهم قُوّة لنا على الكفار وعسى الله أن يَهْدِيَهُمْ فيكونوا لنا عضُداً » . وقال عمر : « والله ما أرى ما رأى أبو بكر ، ولكنى أرى أن تُمكِّنَنِى من فلان ، قريباً لعمر ، فأضرب عُنقه ، وتمكّن علياً من عقيل — هو أخوه — فيضرب عنقه ، وتمكّن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه ، حتى يعلم الله أنه ليست فى قلوبنا هوادةٌ للمشركين ، هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم » . ثم يمضى عمر فى رواية الحديث فيقول : « فَهَوِىَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ولم يَهْوَ ما قلت ، فأخذ منهم الفداء . فلما أن كان من الغد ، غدوت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فإذا هو قاعد وأبو بكر ، وإذا هما يبكيان ، فقلت يا رسول الله أَخْبِرْنى ماذا يُبْكيك أنت وصاحبك ، فإن وجدت بكاء بكيت ، وإن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما » . فقال النبى — كما جاء فى رواية أخرى — : « أبكى للذى عرض لأصحابى من أخذهم الفداء ، ولقد عُرض عَلَىَّ عذابهم أدنى من هذه الشجرة » ، يشير إلى شجرة كانت قريبة منه ، ثم قال : « إن كاد لَيَمَسُّنا فى خلاف عمر بن الخطاب عذاب عظيم ، ولو نزل العذاب ما أفلت إلا عمر » .

---

(١) يمكن أن يرجع القارىء العجلان فى مسألة اجتهاد الرسول الى بحث قيم للأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى أبو النصر عنوانه : اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم ، طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه عام ١٩٥٠ م .

(٢) ج ١ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥ ،من نشر الأخ العالم المحقق الشيخ أحمد محمد شاكر ، طبع دار المعارف بمصر سنة ١٩٤٨ م .

وأنزل الله تعالى فى صدد هذه المسألة هاتين الآيتين[١] : « ما كان لنبى أن يكون له أسْرَى حتى يُثْخِن فى الأرض ، تريدون عَرَض الدنيا والله يريد الآخرة ، والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لَمَسَّكُمْ فيما أخذتم — أى من الفداء بدل قتل الأسرى — عذاب عظيم » .

إذاً ، قد اجتهد الرسول فى هذه المسألة ، واستشار بعض أصحابه الأكرمين ، ثم أخذ بما أداه إليه اجتهاده ، وهو موافقة رأى أبى بكر ، لكن الله لم يقره على ما رآه ، وأنزل فى ذلك من القرآن ما يدل على أن الرأى الحق كان خلاف ما رأى .

(ب) استأذن بعض المنافقين الرسولَ فى التخلف عن غزوة تَبُوك متقدمين بأعذار قَبِلَها الرسول على ضعف فيها ، كما تخلف بعض المؤمنين أيضاً ، وأذن الرسول فى التخلف عن الذهاب معه فى هذه الغَزْوَة للجميع .

لكن الله ، الذى يعلم ما فى الضمائر والنفوس من نيّات ، لم يَرْض منه هذا الإذن ، وأفهمه أنه كان أولى به التريُّث فى الإذن لمن استأذنوا حتى يعلم المنافقين منهم والصادقين فى الاعتذار ، إذ أن الأولين — أى المنافقين — كانوا سيتخلفون وإن لم يأذن لهم ، وفى ذلك أنزل الله قوله تعالى[٢] : « لو كان عَرَضاً قريباً وسَفَراً قاصداً لاتَّبَعُوك ولكن بَعُدَتْ عليهم الشقَّة ، وسيحلفون بالله لو استطعنا لَخَرَجْنا معكم يُهْلِكُون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون عفا الله عنك ، لِمَ أذِنْتَ لهم ! حتى يَتَبيَّنَ لك الذين صدقوا وَتَعْلَمَ الكاذبين » .

فقول الله تعالى : « عفا الله عنك ، لم أذنت لهم ! » ؛ ينطوى على أن الرسول لم يصحبه توفيق الله فى اجتهاده وإذنه لمن استأذن ، وفيهم المنافق والمؤمن الحق ، ولذلك لم يُقِرّه الله على هذا الاجتهاد .

٢٨ — هذا ، وقد قلنا بأن التشريع فى هذه الفترة من الدور الأول كان يعتمد على المصدرين العظيمين : القرآن والسنة . ونذكر الآن أن القرآن كان يجىء

(١) الانفال م ٨ : ٦٧ ، ٦٨
(٢) التوبة م ٩ : ٤٢ ، ٤٣ .

بالقواعد العامة والأحكام أو التشريعات بصفة إجمالية ، وكان على الرسول تفصيل هذا الإجمال ، وتحديد تلك القواعد العامة .

على أننا نجد فى السنة تشريعات لا نجدها فى القرآن ، وإن كانت طبعاً لا تخرج عن روحه ومعانيه ومقاصده . ولا عجب فى شىء من ذلك كله ! فمهمة الرسول دائماً هى البيان لرسالته بكافة طرق البيان ، بما لا يقصر عن مقاصد صاحب الرسالة وهو الله تعالى .

٢٩ — وقد يكون لنا أن نقول بإيجاز بأن دور الرسول كان دور الشارح المَتْن الذى هو القرآن ، إلا أنه شارح مُلْهَم من الله ، يعمل تحت رعايته ، فلا يُقَرّ على خطأ بحال[1] . ولنذكر بعد ذلك بعض الأمثلة التى توضح ما قلنا ، من أن السنة كانت تقوم بتوضيح ما أجمل الكتاب ، وتفصيل ما جاء به من الكليات حين يكون ذلك ضرورياً .

(ا) أمر الله تعالى بالصلاة وشَرَعها فَرْضاً علينا ، وجاء ذلك فى الكتاب بالنص تارة و بالإشارة أخرى[2] . إلا أنه لم يبيِّن لنا أوقاتها ، ولا عدد صلوات كل يوم أو عدد ركعات كل صلاة ، ولا كيفيتها على نحو لا إبهامَ ولا لَبْسَ فيه . فجاءت السنة و بيَّنت ذلك كله ، حين صلى الرسول صلى الله عليه وسلم فعلا وقال : صلوا كما رأيتمونى أصلى ، وقد روى لنا أبو هريرة وغيره من الصحابة كيفية صلاة الرسول .

(ب) وكذلك الأمر فى الصوم ، فقد فرضه الله بقوله : « شهر رمضان الذي أُنزِل فيه القرآن ، هدى للناس و بيِّنات من الهدى والفُرْقان ، فمن شهد منكم الشهر فَلْيَصُمْه ومن كان مريضاً أو على سفر فَعِدَّةٌ من أيام أُخر » الآية .

---

(١) انظر الروض النضير ج ٣ : ١٨٦ ، فى الخلاف فى جواز اجتهاد الرسول فيما لا نص فيه من الأحكام الشرعية أم لا ، وفى وقوع الاجتهاد منه فعلا أو عدم وقوعه على القول بجوازه ، وفى الاتفاق على أن الله لا يقره على الخطأ فى الاجتهاد فى أية حال .

(٢) من ذلك قوله : أقيموا الصلاة ، وقوله : يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا ، وقوله : فسبحان الله حين تمسوا وحين تصبحون وله الحمد فى السموات والأرض وعشياً وحين تظهرون .

ثم الرسول هو الذى بيّن أن المراد به الشهر القمرىّ لا الشمسىّ ، وأن الصوم يكون من الفجر إلى الغروب ، وأنه يجب لرؤية الهلال ونفطر لرؤيته كما بيّن حكم المفطر عامداً أو ناسياً ، إلى غير ذلك كله من الأحكام .

ج) ومثل ذلك كانت الزكاة ، فقد جاء الأمر بها فى القرآن بلفظ الزكاة والصدقة فى كثير من الآيات ؛ ومنها قوله : وآتو الزكاة ، وقوله : خُذْ من أموالهم صدقة تُطهِّرُهم وتُزكِّيهم بها ، وقوله : وآتوا حَقَّه يوم حَصاده ، وقوله : والذين فى أموالهم حقٌّ معلوم للسائل والمحروم .

إلا أن السنة هى التى بينت لنا نصاب الزكاة فى كل نوع من أنواع الأموال ، يعنى النقود والزروع والثمار وعروض التجارة والحيوانات السائمة مثلا ، كما بينت المقدار الواجب فى كل نوع منها ، وهكذا إلى آخر ما يتعلق بتحديد هذه الفريضة تحديداً كافياً[1] .

د) وفى الحج ذكر القرآن أنه فرض علينا بقوله تعالى : « ولله على الناس حجُّ البيت من استطاع إليه سبيلا » ، وبقوله : « وأَتِمُّوا الحج والعُمْرة لله » وأشار إلى الإحرام بقوله : « ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يَبْلُغ الهَدْىُ مَحِلَّه » وإلى الوقوف بعرفة بقوله : فإذا أَفَضْتُم من عَرَفات ، وإلى السَّعْى بين الصفا والمروة بقوله : إن الصفا والمروة من شعائر الله ، وإلى الطواف بالكعبة بقوله : وطَهِّر بيتى للطائفين والقائمين .

---

(١) فقال فى ذلك فيما قال : فيما سقت العيون أو كان عشريا العشر ، وما سقى بالنضح نصف العشر . وقال : وفى الركاز الخمس . وقال : ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة ، وليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ، وليس فيما دون خمس زَوْد من الإبل صدقة .

والذى يسقى بالنضح ، هو ما يسقى بالآلات ، والوسق ستون صاعا ، أو حمل البعير ، والصاع مكيال يسع أربعة أمداد ، والمد مكيال يزن عند أهل العراق رطلين ، والرطل عندهم ١٢٨ $\frac{٤}{٧}$ درهم على الأظهر من التقديرات . والذود من الإبل ما بين الثلاث إلى العشر ، والمراد خمسة من الإبل .

ﷺ — ثم جاءت السُّنة فبينت كيفية الإحرام ومواقيته ومتى يكون واجباً ، ومحظوراته ، والحكم فيمن يجْترِح شيئاً منها ، وعدد مرات السعي وكيفيته ، وحدود عرفة والزمن الذى يجب الوقوف فيه بهذا المشعر ، إلى غير هذا وذاك مما يتعلق بالحج حتى صار معروفاً تماماً لنا كما فعله الرسول ورواه عنه كثير من صحابته رضوان الله عليهم

هكذا كانت السنة مبينة للقرآن ، وفى ذلك يقول الله تعالى : « وأنزلنا إليك الذِّكْرَ لتبين للناس مانُزِّل إليهم » ، وكان الرسول مشرعاً بفعله وقوله وتقريره حتى لبعض مالم يرد فى القرآن ولو مجملا كزكاة الفطر ، وإن كان الله هو المشرع الأعظم مادام الرسول كان يستلهم دائماً القرآن : نصه وروحه ، ومقاصده التى ترمى دائماً لصالح الفرد والجماعة معاً[1] .

— هذا ، « ومن تتبع فقه القرآن والسنة ، وجد أن كل فرع من فروع القوانين له فى القرآن مواد تخصه وتبين أحكامه .

ففى العبادات بأنواعها نحو ١٤٠ آية ؛ وفى الأحوال الشخصية ، من زواج وطلاق وإرث ووصية وحجر وغيرها نحو سبعين آية ؛ وفى المجموعة المدنية ، من بيع وإجارة ورهن وشركة وتجارة ومداينة وغيرها ، نحو سبعين آية ، وفى المجموعة الجنائية من عقوبات وتحقيق جنايات ، نحو ثلاثين آية ، وفى القضاء والشهادة وما يتعلق بها نحو عشرين آية .

وفى كل باب من هذه الأبواب كثير من الأحاديث ؛ بعضها يبين حكما أجمله القرآن وبعضها يشرع حكما سكت عنه .وقد كملت هذه الأحكام الجزئية بعدة أصول

(١) راجع إعلام الموقعين ، ج ٢ : ٢٣٧ — ٢٣٩ ، فى الكلام على أن مهمة الرسول كانت تفصيل ما فى الكتاب الكريم من إجمال ، وتحديد ما يكون لبعض أحكامه من شروط وموانع وقيود وأوقات وأحوال وأوصاف ، ومن ذلك بيانه أن القاتل والكافر والرقيق لا يرث مع أن القرآن يقول فى إطلاق فى سورة النساء : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ، أى أن السنة زادت فى أسباب الميراث مع وصف الولادة اتحاد الدين وعدم الرق والقتل .

تشريعية كلية ، وبهذا خَلَّف عهد الرسول تشريعاً كاملا وافياً بحاجات المسلمين فى كل بيئة »[1] .

٣١ — ونقول بعد ذلك ، بأن كثيراً من رجال الحديث والفقه قد رتبوا ما صح عندهم من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم على أبواب الفقه ، بحيث تسهل معرفة مدى أثر السنة فى الفقه الإسلامى بجانب القرآن الذى هو المصدر والأساس الأول للفقه وما شمل من تشريعات ، وإن كانت السنة — مع ذلك — مصدراً لا غنى عنه بحال بجانب القرآن العظيم .

وبهذا لم ينتقل الرسول للرفيق الأعلى إلا وقد كان الفقه تام الأصول الكلية والقواعد العامة ، ولذلك يقول الله تعالى فى آخر عهد الرسول : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

الدور الثانى دور الشباب :

٣٢ — فى هذا الدور الذى انقضى بعد القرن الأول بقليل ، نجد الإسلام أخذ يمتد شرقاً وغرباً وشمالا وجنوباً ، إذ فتح الله على المسلمين العراق والشام ومصرَ ، وبلدان شمال أفريقيا وغيرها .

ولكل من هذه البلاد حضارتها المتشعبة النواحى ، ولكل منها أيضاً عوائدها وتقاليدها وأعرافها وقوانينها ، والاختلاط الذى تم بين العرب وأهالى هذه البلاد المختلفة أثره المحتوم الذى ظهر فيما بعد بصور شتى فى التفكير وغيره ، ومع ذلك كله حصل أن كثرت الحوادث والنوازل التى تتطلب أحكاما لها ، وظهرت مشاكل تنتظر حلولها ، لأن المأثور من تشريعات الرسول وأحكامه وأقضيته أصبح غير واف بهذه الحوادث والمعاملات التى تزيد وتتجدد كل آن ، فكان لكل هذا أثره فى نمو الفقه والتشريع .

٣٣ — وثمة عامل آخر كان له أثر كبير واضح فى هذه الناحية ، فى هذه الفترة

(١) علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامى ، للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص ٢٩٣ — ٢٩٤ .

وما تلاها ، وهو هجرة كثير من الصحابة ، بعد عهد عمر بن الخطاب ، إلى تلك الأقطار والبلاد التى عرفها المسلمون وزحو إليها ، وما جاء نتيجة لذلك من شيوع التحديث عن الرسول والأخذ فى تعمق القرآن واستنباط الأحكام التى شعروا بالحاجة لها منه أو مما يرونه صحيحاً من أحاديث الرسول .

ومن الطبيعى أن يكون لهذه العوامل أثرها فى الفقه وفى ظهور الاجتهاد والمجتهدين ، إذ كان كلٌّ من الصحابة القادرين على تعمّق القرآن يجتهد فى فهمه وفهم ما ثبت عنده من حديث الرسول ، فقد كان هذا الحديث أو ذاك قد يصح عند البعض دون البعض الآخر .

وهكذا بدأ الفقه الإسلامى يتكوّن ، وبدأت أصوله تُعرف وتتميز ، نعنى الكتاب والسنة والقياس والإجماع ، وأخذت أعراف وقوانين البلاد المختلفة ، التى أصبحت تحت راية الإسلام وتكوِّن جسم الدولة الإسلامية ، تؤثر فى الفقه والتشريع بصفة عامة أثرا غير قليل .

٣ — ونحب ، قبل أن ندخل فى التفصيل بعدما كان من إجمال ، أن نشير إلى أنه فى عصر الخلفاء الراشدين ، وهو ثلاثون سنة من تولية أبى بكر إلى نزول الحسن بن علىّ لمعاوية بن أبى سفيان ، افترق المسلمون لعوامل مختلفة فرقا عديدة ، وكان من أهم هذه الفِرَق الخوارج والشيعة ، وكان لكل من هذه الفِرَق أصولها فى الدين ومنهجها فى الفقه والتشريع .

فالخوارج مثلا ، كانوا لا يرون صحة ما رُوِى من الأحاديث عن طريق عثمان وعلى ومعاوية ومن إليهم ، أى لا يعتمدون من الحديث إلا ما رُوِى عن طريق رجالهم ؛ ومن ثَمَّ ، كان حظهم من العمل بالحديث قليلا ، وكانت لهم مبادىء وآراء فقهية خاصة بهم .

وقريب من ذلك أمر الشيعة ، فقد رفضوا من الحديث كل ما لم يُرْوَ عن علىّ وآل البيت ؛ فصار لهم فقه خاص بهم يختلف كثيراً أو قليلا عن فقه أهل السنة ، كما لهم مجتهد وهم ومراجعهم وتآليفهم الخاصة بهم ، ولا يعترفون بجانب ذلك بالأئمة الأربعة المعروفين أئمة فى الفقه والتشريع .

* * *

٣٥ — وبعد ! كان أبو بكر رضى الله إذا سئل عن شىء أو جاءه خصم فى قضية من القضايا ، نظر أولا إلى القرآن ، فإن وجد فيه حكم الواقعة المطلوب معرفة حكم الله فيها قضى به . فإن لم يجد ، لجأ إلى ما يعرفه من أحاديث الرسول ، فإن وجد طَلِبَته قضى به . فإن لم يجد ما يريد ، لا فى الكتاب ولا فى السنة ، لجأ إلى الصحابة ؛ فإن وجد عند أحدهم فى ذلك شيئاً عن الرسول قضى به ، وحمدالله على أن فى الأمة من يحفظ علم رسوله . وإن أعياه الأمر ، جمع من يرى من خيار الناس وأهل الرأى والعلم فاستشارهم ، ثم يقضى بما يجتمعون عليه .

وكذلك كان يفعل عمر الفاروق بعد أن آلت إليه خلافة المسلمين ، إلا أنه كان يتحرَّى رأى أبى بكر ، إن كان له رأى فى الحادثة ، إن لم يجد ما يبغى فى القرآن والحديث ؛ فإن لم يجد لأبى بكر قضاء فى المسألة ، أخذ بما يجمع عليه أهل العلم والرأى من الصحابة .

٣٦ — وليس معنى هذا أن أبا بكر وعمر كانا لا يجتهدان فى المسائل التى جدَّت فى أيامهما ، إن لم يجدا حكم الله فى الكتاب والحديث ؛ بل كانا يجتهدان ويستعملان القياس ، وبخاصة عمر الذى يعرف له التاريخ آراء فى أيام الرسول نزل القرآن موافقاً لها .

إلا أن عمر نفسه ، وهو الألمعىُّ الذى كان يجتهد فى الرأى بنور الله ، كان يتخوَّف على الناس أن يجتهدوا برأيهم فلا يُوَفَّقوا دائماً للحق الذى هو حكم الله . ومن ثم نجده يكتب لشُرَيْح بن الحارث الكندى المتوفى عام ٨٠ وقيل عام ٨٧ ، حين ولاه قضاء الكوفة ، فيقول له إن جاءك شىء فى كتاب الله فاقض به ولا يلفِتْك عنه الرجال ، فإن جاءك ما ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختَرْ أىَّ الأمرين شئت : إن شئت أن تجتهد برأيك فتقدَّم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخَّر ، ولا أرى التأخير إلا خيرا لك[1] .

(١) انظر فى هذا ، وفى كيفية وصول الشيخين (أبى بكر وعمر) لحكم الله ، إعلام الموقعين لابن القيم ، ج١ : ٥١ و ٧٠ ؛ والفكر السامى للحجوى ، ج ٢ : ١٠ — ١١ ؛ والروض النضير لشرف الدين الصنعانى ، ج ٣ : ٤٣٤ — ٤٣٥ .

٣٧ — وإلى تشدّد الصحابة فى الاجتهاد بالرأى ، مخافة القول على الله بلا علم وبغير الحق ، ينبغى أن نضيف أن الشيخين بخاصة كانا يتشدّدان فى رواية الحديث والإكثار منه على الرسول ؛ إذ كانا يخافان الوقوع فى الكذب ، كما يخافان انصراف الناس عن القرآن واستنباط الأحكام الشرعية منه .

روى الحافظ الذهبى المتوفى عام ٧٤٨ هـ أن أبا بكر جمع الناس بعد وفاة النبى فقال : « إنكم تحدّثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافا ، فلا تحدِّثوا عن رسول الله شيئاً . فمن سألكم ، فقولوا بيننا وبينكم كتاب الله ، فاستحِلّوا حلاله وحرِّموا حرامه »[1] .

كما روى أيضاً الذهبى (حـ ١ : ٧ » عن الشعبى عن قرَظة بن كعب ، قال : « لما سَيَّرنا عمر إلى العراق مشى معنا وقال : أتدرُون لم شيَّعْتكم ؟ قالوا : نعم ، مَكْرُمة لنا . قال : ومع ذلك ، فإنكم تأتون أهل قرية لهم دَوِىٌّ بالقرآن كدَوِىِّ النحل ، فلا تصدوهم بالأحاديث فتشغَلُوهم . جرِّدوا القرآن ، وأقِلُّوا الرواية عن رسول الله وأنا شريككم » . فلما قدموا قرَظة ، قالوا : حدِّثنا ، فقال : نهانا عمر[2] » .

٣٨ — ومن أجل ذلك ، سُئل أبو هريرة : أكنت تحدِّث فى زمان عمر هكذا ؟ فقال لو كنت أحدِّث فى زمان عمر مثل ما أحدثكم لضربنى بمِخْفَقته (أى عصاه)[3] . كما رُوِى أن عمر حبس ثلاثة : ابن مسعود وأبا الدرداء وأبا مسعود الأنصارى ، فقال : أكْثَرْتُم الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك أيضا ، يقول رَجاء بن أبى سَلَمة : بلغنى أن معاوية كان يقول عليكم من الحديث بما كان فى عهد عمر ، فإنه كان قد أخاف الناس فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٣ .

(٢) تطلق القرية ويراد بها البلد أو القطر كله وهو العراق هنا ، وفى القرآن فى سورة يوسف « واسأل القرية التى كنا فيها » ، أى مصر .

(٣) المصدر السابق نفسه ص ٧ .

وما ينبغى لنا أن نرى فى شىء من هذا عدم اعتبار الصحابة للسنة مصدراً للتشريع بعد القرآن . إنهم كانوا بلا ريب يرونها المصدر الثانى بعد الكتاب ، وسنذكر بعض المُثُلِ لذلك ، ولكنهم كانوا يتشدَّدون فى الرواية للحديث خشية الكذب أو الخطأ فى بعض ما يُرْوى عن الرسول ، وهكذا كان الشك فى الحديث فيما بعد من عوامل ظهور الرأى فى الفقه .

٣٩ — جاءت جَدَّةٌ أبا بكر تسأله القضاء لها بميراثها ، فقال لا أعلم لك شيئاً فى كتاب الله ، ولا أعلم أن رسول الله ذكر لك شيئاً ، ولكن سأسأل الناس لعل عند أحد منهم عِلْماً بذلك . وحينئذ قام المُغِيرَة بن شُعْبة فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيها السُّدس ، فطلب أبو بكر من يعلم ذلك غيره فصدَّقه محمد ابن مَسْلَمَة ، فقضى بذلك أبو بكر[1] .

وكذلك كان من عمر ، كما جاء بتذكرة الحفاظ أيضا . فقد روى هِشام عن أبيه المغيرة بن شعبة أن عمر استشار الناس فى سِقْط المرأة إذا نزل بتعدٍّ من أحد ، فقال المغيرة بن شعبة قضى فيه رسول الله بغُرَّة[2] ، فطلب عمر شاهدا معه فكان محمد بن مسلمة أيضاً هو الشاهد بأن هذا هو قضاء الرسول ، فرضى عمر وأمضى هذا الرأى[3] .

٤٠ — من هذين المثالين[4] وغيرهما كثير ، نعلم مقدار احترام الشيخين للسنة واعتبارها المصور الأساسى الثانى للتشريع ، كما نعلم أنهما لم يكونا يتهمان الصحابة الآخرين بالكذب عمداً على الرسول ولكن هو الاحتياط فى الشريعة والرغبة فى التثبت مما يروى عنه .

فقد ذكر صاحب تذكرة الحفاظ أيضاً أن عمر قال لأُبَىّ ، وقد روى له حديثاً

(١) تذكرة الحفاظ ، جـ ١ ص ٣ .
(٢) الغرة ، هى عبد أو أمة .
(٣) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٨ .
(٤) تاريخ التشريع الإسلامى للخضرى ، ص ١١١ — ١١٢

لتأتيَنِّي على ما تقول ببينة ، فخرج فإذا ناس من الأنصار فذكر لهم ما كان منه ومن عمر ، فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عمر : أما أني لم أتَهِمْكَ ، ولكني أحببت أن أتثبت[١] .

٤١ — ومهما يكن ، فقد كان هذا عاملا قوياً في الإقلال من رواية الحديث في هذه الفترة من حياة المسلمين في فجر الإسلام ، وفي عدم العمل إلا بما يكون موثوقا منه بأن ثبت عن الرسول بشهادة اثنين رويا الحديث الواحد . كما كان سبباً من أسباب قلة الاختلاف في الأحكام الشرعية ، ما دام الحكم يجب أن يستند للكتاب أو السنة المعروفة ، لأن التحديث عن الرسول كان حينذاك رهيباً مهيباً .

على أن هذا التشدد في الحديث للتثبُّتِ فيما يروى عن رسول رب العالمين ، لهذا السبب أو غيره ، كان له بلا ريب قيمته وأثره في الفقه وتكوينه ، إذ كان من عوامل الجنوح للأخذ بالرأي بطريق الاجتهاد استنباطاً من القرآن والثابت من السنة وبذلك ظهر مصدر جديد من مصادر الفقه وينابيعه ، وهذا ما سنراه يتسع كثيراً في المستقبل ، إلى دوَجة أن يقال هناك مدرستان : مدرسة الحديث ومدرسة الرأي وإن كان هذا التقابل بين المدرستين ليس صحيحاً دائماً على ما سيجيء .

٤٢ — وهنا تظهر لنا مشكلة تشريعية تتطلَّب الحل . لقد رأينا الصحابة يلجأون للرأي اجتهاداً منهم ، وذلك حين يجدون حكم الحادثة التي عرضت لهم في الكتاب المحكم أو السنة الثابتة المعروفة ، وكان الحكم الذي يصدر عنهم ويُجْمِعُون عليه يعتبر حكما لا يسع أحداً خلافه ، كما لو كان منصوصاً عليه في القرآن أو السنة .

فهل كان الأمر كذلك في قول أو رأي صحابي واحد ، أي هل يجوز أن يكون رأيه الذي ذهب إليه اجتهاداً منه حجة ليس لنا أن نحيد عنه ؟ ويحسن بنا ، في طريق حل هذه المشكلة ، أن ننظر لعامل الزمن والتاريخ .

---

(١) تذكرة الحفاظ ، ١ : ٨ .

٤٣ — إننا حين نرجع لأقاويل الصحابة أنفسهم ، حين كان أحدهم يفتى برأيه مجتهداً ، نجد الواحد منهم كان لا يرى من الحتم الأخذ برأيه لاحتماله الخطأ ، كما يحتمل الصواب ، وليس لأحد حمل الناس على ما فيه هذا الاحتمال .

لقد كان الصِّدِّيق إذا اجتهد و بان له الرأى الذى يعتقده حقاً ، يقول مع ذلك : هذا رأيى ؛ فإن يكن صواباً فمن الله ، و إن يكن خطأ فمِنِّى وأستغفر الله . وكذلك كان صنيع عمر من بعده ؛ فقد كتب كاتب له فى مسألة من المسائل : هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له : بئسما قلت ! هذا ما رأى عمر ؛ فإن يكن صواباً فمن الله ، و إن يكن خطأ فمن عمر . ثم قال : السنة ما سنَّ الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأى [يريد ، فيما نرى الرأى الذى قد يكون خطأ] سنة للأمة .

وذكر المرحوم الشيخ الخضرى بك فى كتابه « تاريخ التشريع » (ص ١١٨) حادثة قريبة من هذا ، فيقول : « روى محمد بن الحسن ، قال أخبرنا أبو حنيفة عن حَمّاد عن إبراهيم النَّخَعِى أن رجلا تزوج امرأة ولم يَفْرِض لها صداقاً ، فمات قبل أن يدخل بها ، فقال عبد الله بن مسعود (صحابى جليل توفى عام ٣٢ هـ) لها صداق مِثْلِها لاوَكْس ولا شَطَط . فلما قضى ، قال : فإن يكن صواباً فمن الله ، و إن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان والله ورسوله بريئان . فقال رجل من جُلسائه — بلغنا أنه مَعْقِل بن سِنان الأَشْجَعى ، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم — قضيتَ ، والذى يُحْلَف به ، بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوَع بنت واشِق الأشجعية . قال : ففرح عبد الله فَرْحةً ما فرح قبلها مثلها ، لموافقة قوله قول رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

هذا ما كان يراه كبار الصحابة عند ما يُفْتِى أحدهم برأيه عن اجتهاد ، فلا يرونه مُلْزِماً للأمة وحجة على الناس جميعاً ، ما دام احتماله للخطأ قائماً ، وبالأولى كان الأمر كذلك عند كبار التابعين .

٤٤ — أما إذا طوينا الزمن وانتقلنا إلى العصر الوسيط ، فإننا نجد مثلا الإمام

ابن القيّم المتوفى عام ٧٥١هـ يعقد ، لقول الصحابى برأيه ، فصلا يقول فيه ما نذكره مع شىء من الإيجاز[1] .

إذا قال الصحابى قولا؛ فإما أن يخالفه صحابىآخر ، وإما ألاّ يخالفه . فإن خالفه مثله لم يكن قول أحدهما حجة على الآخر ؛ وإن خالفه أعلم منه ، كما إذا خالف الخلفاء الراشدين أو بعضَهم غيرُهم من الصحابة فى حكم ، فالصحيح أن الجانب الذى فيه الخلفاء أو بعضهم أرجح وأولى أن يؤخذ به .

فإن كان الأربعة فى شق ، فلاشك أنه الصواب . وإن كان أكثرهم فى شِق ، فالصواب فيه أغلب . وإن كانوا اثنين اثنين ، فشِق أبى بكر وعمر أقرب إلى الصواب . فإن اختلف هذان ، فالصواب مع أبى بكر . وهذه جملة لا يعرف جملتها إلا من له خِبْرَة واطلاع على ما اختلفوا فيه ، وعلى الراجح من أقوالهم . ولا يُحفَظ للصديق خلاف نص واحد أبداً ، ولا يُعرَف له حُكم ولا فتوى مأخذها ضعيف أبداً ، وهو تحقيق لكون خلافته نبوة .

وإن لم يخالف صحابى صحابياً آخر ، واشتهر قوله فى الصحابة ، فالذى عليه جماهير الفقهاء أنه إجماع وحجة ، وقالت طائفة منهم هو حجة وليس بإجماع ، وقالت شِرْذِمة من المتكلمين وبعض الفقهاء من المتأخرين لايكون إجماعاً ولا حجة .

وإن لم يشتهر قوله ، أو لم يُعلم هل اشتهر أم لا ، فالذى عليه جمهور الأمة أنه حجة ؛ وهو قول جمهور الحنفية صرّح به محمد بن الحسن ، ومذهب مالك وأصحابه وتصرُّفه فى مُوَطَّإه دليل عليه ، ومنصوص الإمام أحمد بن حنبل فى غير موضع عنه واختيار جمهور أصحابه ، ومنصوص الشافعى فى مذهبه القديم ومذهبه الجديد.

٤ — من ذلك كله ، نرى أن المتأخرين قد أعطوا الإجتهاد الصحابى برأيه فى الأحكام الفقهية قيمة وقدرا أكثر مما كان يعطى الصحابة أنفسهم لآرائهم الاجتهادية ، نعنى فيما ليس فيه نص من كتاب أو سنة . ونعتقد أن هذا أمر

(١) إعلام الموقعين ، ج ٤ : ١٠٣ وما بعدها .

طبيعى ؛ فإن الصحابة رضوان الله عليهم ، لصحبتهم للرسول ، كانوا أعلم وأقرب لمعرفة حكم الله عن جاء بعدهم .

هذا من ناحية ؛ ومن ناحية أخرى ، نراهم لشدة ورعهم وخوفهم من القول على الله فى التشريع بلا علم ، كان الواحـد منهم ، مهما كانت منزلته عاليـة ، لا يرى وجوب حمل النـاس على رأيه الذى قد يحتمل الخطأ وإن كان أقرب إلى الصواب .

٤٨ — أما فى العصور التى جاءت بعد عصر الصحابة والتابعين ، فمن الحق عرفان قَدْرِهم تماماً لهم ، ووجوب العمل بآرائهم الحقة ، هذه الآراء التى لم يقولوا بها إلا مستلهمين كتاب الله وسنة رسوله وروح الإسلام ، وقد كانوا بلا ريب أقرب إلى فَهْم كل ذلك فهماً حقاً منا نحن هذه الأيام ، على أن هذا لا يمنعنا من اعتبار تغير البيئات والأعراف وما يجب أن يكون لذلك من تأثير .

وإذا كان عمر بن الخطاب كان يتحرى رأى الخليفة الأول أبى بكر ، كما ذكرنا من قبل ، ليأخذ به ، فإن هذا لا يمنع من القول بأنه حصلت اختلافات بينهما تمسك فيها عمر برأيه إذ بان له أنه الحق فى زمنه ، كما حصلت اختلافات أخرى بين آراء الصحابة بصفة عامة .

ونرى من الخير أن نذكر بعض المُثُل لهذه الاختلافات ، التى كانت بين صحابى وآخر أو بين صحابى وأحد التابعين فى زمن واحد ، محاولين تعَرُّف الأسباب التى أدَّت إلى هذه الاختلافات .

٤٧ — ١) كان أبو بكر فى خلافته يُسَوِّى بين المسلمين فى أعطياتهم ، فلا يفضِّل أحداً منهم على آخر . فلما ذُكِّر بأن الخير فى التفاضل لما للبعض من الفضل على البعض ، بسبب سَبْقه فى الإسلام أو قِدَمه فى الجهاد فى سبيل الله ، رَدَّ بأنه من أعرف المسلمين بهذا ، ولـكن يدع ذلك الله يثيب عليه ، أما الأعطيات

فهي للمعاش فالأُسْوَة فيها خير من الأُثَرَة وفى هذا يقول فى بعض الروايات : « فضائلهم عند الله ، فأما هذا المعاش فالتسوية فيه خير [١] » .

فلما صارت الخلافة إلى عمر الفاروق ، وجاءت الفتوح بمال كثير ، عدل عما كان يراه أبو بكر ؛ إذ رأى ألا يُسَوِّى بين من قاتل رسول الله ومن قاتل معه ، وكان من كلامه فى ذلك : « ما أنا فيه [أى فى المال] إلا كأحدكم ، ولكنا على منازلنا من كتاب الله عزَّ وجلَّ وقسمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فالرجل وتِلادُه فى الإسلام ، والرجل وغَناؤه فى الإسلام ، والرجل وحاجته فى الإسلام » . وهكذا ، فضَّل عمر البعض على البعض فى العطاء [٢] .

وفى رأينا أن عمر كان ينشد بما ذهب إليه التسوية أيضاً ، لأن من التسوية بين المسلمين أن يأخذ كل منهم بقدر ما قدم من خير فى الإسلام ، و بقدر ما هو فى حاجة إليه ؛ وليس من التسوية أن يكون الجميع سواء فى المال الذى آتاهم الله بما فتح عليهم من البلاد ، بجهاد الفاتحين و برهبة الإسلام بما صار له من شأن وشوكة ونفوذ بفضل السابقين من المجاهدين الأولين ، ولهذا يقول عمر فى بعض ماروى عنه فى ذلك الأمر « ما يريد ابن الخطاب بهذا إلا العدل والتسوية » وذلك حين قال له بعض المسلمين : « يا ابن الخطاب أَنْشُدُك بالله فى العدل والتسوية » [٣] .

٤٨ — ب) وأكبر من هذا الخلاف أثراً فى بناء الدولة حينذاك ، اختلاف عمر والصحابة فى قسمة الأراضى التى فتحها الله على المسلمين ؛ هل تكون للمحار بين المجاهدين الذين فتحوها وحدهم ، أو تترك لأهلها مع وضع الخراج عليهم ليُنْفَق على المسلمين عامة طوال الأزمان [٤] .

---

(١) كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ص ٢٦٣ .

(٢) تاريخ التشريع للخضرى بك ص ١٢٦ ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج ٢ : ٢٠،٢٥ ؛ وانظر فى تطبيق عمر مبدأ التفضيل فعلا ، كتاب الأموال لأبى عبيد ، ص ٢٢٤ وما بعدها وص ٣٦٢ وما بعدها .

(٣) كتاب الأموال ص ٢٦٣ .

(٤) انظر فى هذا الخلاف كتاب الأموال ص ٥٧ وما بعدها ؛ الخضرى بك تاريخ التشريع ، ص ١٢٤ وما بعدها ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج ٢ : ١٧ — ١٨ .

ذلك ، أنه لما تم فتح العراق والشام وغيرهما من الأقطار فى عهد عمر ، رأى الفاروق ألا تُقسم الأرض بين الفاتحين ، بل تبقى خراجية ينتفعون بها هم ومن يجىء بعدهم من المسلمين ، وكان من كلامه فى هذا : كيف بمن يأتى من المسلمين فيجد الأرض قد قُسِمت ووُرثت عن الآباء ! ما هذا برأى والله يقول فى مصرف الفَيْء[1] « للفقراء المهاجرين الذين أُخرِجوا من دِيارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضواناً وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ، والذين تبوَّءوا الدار والإيمان من قَبْلهم يحبُّون مَنْ هَاجَرَ إليهم ولا يجدون فى صدورهم حاجة مما أُوتُوا ويُؤْثِرون على أنفسهم ولو كان بهم خَصاصة ومَنْ يُوقَ شُحَّ نفسه فأولئك هم المفلحون ، والذين جاؤا من بعدهم يقولون ربَّنا اغفِر لنا ولإخواننا الذين سَبَقُونا بالإيمان ولا تجعل فى قلوبنا غِلاًّ للذين آمنوا ربَّنا إنك رَؤُف رحيم[2] » . ولا يُتَصَوَّر بقاء شيء لمن يأتى بعد أولئك الفاتحين ، إذا قسمت الأرض بينهم .

لكن المعارضين ذكروا أنه كيف يقف عمر ما أفاء الله عليهم بأسيا فهم على قوم لم يحضُروا الحرب ، ثم على أبنائهم وَذُرِّيَّاتِهِمْ أيضاً من بعد ! وقال عبد الرحمن بن عوف . ما الأرض العُلُوج (أى مُلاَّك هذه الأرض) إلا مما أفاء الله على الفاتحين ، يريد أن أربعة أخماسها هي لهم بنص آية الأنفال التى تقول : « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خُمُسَهُ وللرسول وَلِذِى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل[3] » أما الباقي فيكون للفاتحين .

وهنا ، وقد اشتد الخلاف ، لم ير عمر إلا أن يستشير ، فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا فيما بينهم أيضا ، فَعَمَدَ إلى تحكيم عشرة من الأنصار خمسة من الأَوْس وخمسة من الخزْرَج ، رغبة منه فى أن يَشْرَكُوه فى الأمانة التى حُمِّلها .

---

(١) الفيء يراد به هنا : الغنيمة .
(٢) الحشر م ٥٩ — ٨ ، ٩ ، ١٠
(٣) الأنفال م ٨ — ٤١

فلما اجتمعوا وتكلم مخالفوه بما يَرَوْن من رأى وحُجّة ، قال — فيما قال — بأنه لم يبق شىء يُفتح بعد أرض كِسْرى ، وقد رأيت بعد صرف الخُمس فى وجوهه أن أحبس الأرض بعُلُوجها ، وأضع عليهم الخراج وفى رقابهم الجزية يُؤدُّونها ، فتكون فيئاً للمسلمين الحاضرين ولمن يأتى بعدهم . أرأيتم هذه الثغور ، لابُدَّ لها من رجال يلزمونها ! أرأيتم هذه المدن العظيمة ، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لا بُدَّ لها أن تُشْحن بالجيوش و إدْرار العطاء عليهم ، فمن أين يُعْطَى هؤلاء إذا قسمْتُ الأرضين والعلوج ؟

وكانت النتيجة أن أعطى المُحَكَّمون ، بعد وَزْن كل رأى ودليله ، الرأى لعمر ولم يَسَعْ المخالفين إلا الرضاء به ، وكان هذا إلهاما من الله وتوفيقاً للخير العام فى العاجل والآجل من الزمان .

٤٩ — ويجب أن نلاحظ فى هذه المشكلة أن كل فريق كان يستند إلى القرآن ، فالمخالفون لعمر كانوا يستندون إلى آية الأنفال و إلى فعل الرسول عليه الصلاة والسلام حين قسم خَيْبَر أرض اليهود بين الفاتحين من باب التشجيع .

أما عمر فكان يستند إلى آيات سورة الحشر ، و إلى أن الأراضى موضوع النزاع أجلّ وأعظم بكثير من أن تقسم بين الفاتحين وحدهم ، و بخاصة وهى كل ما كان المسلمون يرجون فتحه فى تلكم الأيام ، كما نظر إلى المستقبل البعيد ، وفى هذا يقول : « لولا آخر المسلمين ما فُتِحت قرية إلا قَسَمْتُها [أى بين الفاتحين] كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر[١] ولذلك كله كان رأيه فى زمنه وقد تغيرت الحال هو الرأى السديد الموافق للمصلحة العامة للمسلمين .

٥٠ — ج) وهذا خلاف من نوع آخر ، لأنه من صميم الفقه وفى مسألة من مسائل الميراث . ذلك أنه كان رأى أبى بكر أن الجدَّ يحجب الإخوة فلا يرثون

(١) مسند ابن حنبل، ج ١ : ٢٧٦ ؛ الأموال لأبى عبيد ، ص ٥٦ — ٥٧ .

معه ، كما لا يرثون مع الأب بنصّ الكتاب والسنة . لكن عمر رأى أن الجدّ ليس في الحقيقة أبا ، فهو إذاً لا يحجب الإخوة ، بل لهم معه في التركة نصيب معروف.

ولعل أبا بكر نظر إلى قول الله حاكياً عن يوسف عليه السلام « واتّبعتُ ملّة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب[1] » مع أن يعقوب وحده هو الذي كان الأب دون إسحاق وإبراهيم إذ كانا جدّين . أما عمر رضوان الله عليه ، فقد نظر إلى الحقيقة لا المجاز .

٥١ — د) جرى الأمر طوال عهد أبي بكر وسنتين أو ثلاثاً من خلافة عمر على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية ، لكن عمر جعله طلاقا ثلاثاً حقاً تبين به الزوجة بينونةً كبرى فليس له أن يسترجعها لعصمته حتى تتزوج غيره ويدخل بها ثم يطلقها ، وقال في ذلك : « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ! » فأمضاه عليهم[2] عقوبة لهم على إسراعهم في الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله .

وهنا نجد كثيراً من الصحابة يخالفونه فيما رأى ذاهبين إلى أن هذا الطلاق الثلاث طلقة واحدة ، متبعين في ذلك النصوص وحكم الرسول وأبي بكر ، ومنهم عليٌّ وأبو موسى الأشعري والزّبير بن العوام وعبد الله بن عباس[3] .

ومما يذكر هنا ، أن المحاكم الشرعية ، حسب قانونها الجديد المعمول به الآن تأخذ بما كان قبل عهد عمر من جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة رجعية واحدة ، ونظن أن في هذا تيسيراً على الناس ، فضلا عن اتفاقه مع النص وعمل الرسول .

٥١ — هـ) ومن المعروف أنه حرام بنص القرآن أن تتزوج مطلقة إلا بعد انتهاء عدّتها . لكن امرأة فعلت ذلك في عهد عمر ، فأمر بالتفريق بينهما وضرب

---

(١) سورة يوسف ١٢ — ٣٨

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ : ٢٤ .

(٣) المصدر نفسه ، ج ٣ : ٢٥ وما بعدها .

الزوج بدِرَّته : أي عصاه ، وقال أيمَّا إمرأةٍ نـكحت فى عدتها ؛ فإذا كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فُرِّق بينهما ، واعتدت عدتها من الأول ثم كان [أي الثاني] خاطباً من الخطَّاب ؛ وإن كان قد دخل بها فُرِّقَ بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت عدتها من الآخر ثم لم ينكحها أبداً .

لـكن علياً بن أبى طالب، الخليفة الرابع من الخلفاء الراشدين ، خالف عمر فيا ذهب إليه من تحريم زواج هذه المطلقة من الذى تزوجها فى عدتها ، ورأى أن هذا الزوج له أن يتزوج بها إن شاء بعد أن تتم عدتها من الأول[1] .

وهنا نلاحظ أنه ليس فى القرآن ولا فى سنة الرسول ما يشهد لأحد الرأيَيْن . إلا أن عمر بن الخطاب ذهب إلى ما ذهب إليه زجراً عن مخالفة أمر الله وسدًّا لباب الفساد ، على حين تمسَّك علىٌّ بأنه ليس فى القرآن أو السنة ما يوجب تحريم أن يتزوجها الزوج الثانى بعد تمام عدتها من الأول أَخْذًا بالأصول العامة .

٥٢ — و) ومن باب الخـلاف فى الطلاق والعدة أيضاً ما كان سببه الاختلاف فى تفسير لفظ « القُرْء » فى آية : « والمُطلَّقات يتربَّصْنَ بأنفُسهن ثلاثة قُروء[2] » فإن اللغة تقول بأن القُرْء هو الحَيْضَة ، وهو الطُهْر أيضاً .

ولذلك ، ذهب ابن مسعود إلى أن عدة المُطَلَّقة لاتنتهى إلا باغتسالها من الحيضة الثالثة ، لأنه يرى أن « القُرْء » هو الطُهْرُ ، وهذا رأى عمر أيضاً . لـكن زيداً بن ثابت ، وهو صحابى من الراسخين فى العلم ومن كُتَّاب الوحى للرسول وتوفى عام ٤٥ هـ يرى أن « القُرْء » هو الحيضة ، ولهذا ذهب إلى أن العِدَّة تنتهى متى دخلت المطلقة فى الحيضة الثالثة ، أى تنتهى قبل الاغتسال منها .

٥٣ — ز) وفى المتوفَّى عنها زوجها قبل الدخول بها ، ولم يكن قد سَمَّى لها مهراً ، ذهب عبد الله بن مسعود إلى أن لها مهرَ مِثْلها بلا وَكْس ولا شطط ، وقد

---

(١) تاريخ التشريع للخضرى ، ص ١١٩ ؛ الفـكر السامى ، ج ٢ : ٤٧ .

(٢) سورة البقرة ، م ٢ — ٢٢٨

شهد له بذلك حديث رواه رجل من أشجع وهو مَعْقِل بن سِنان على ماتقدم ذكره.

لـكن الإمام عليًا بن أبي طالب ذهب إلى أنه لا صداق لها قياساً على مالو كان الزواج قد انتهى بالطلاق لا بالموت ، وفى هذه الحالة يقول الله تعالى : « لا جُناح عليـكم إن طَلَّقتم النساء ما لم تمسُّوهُنَّ أو تَفْرِضوا لَهُنَّ فريضة[1] » .

إذاً ، الإمام علىٌّ يقيس ، كما قلنا ، الموتَ على الطلاق ، ويقول بأنه لا يُقْبَلُ قول أعرابى من أَشْجَع على كتاب الله ! فَقَدَّم القياس على خبر الواحد وهو مذهب الأحناف . على حين أن عبد الله بن مسعود لا يرى هذا القياس ، بل رأى الأخذ بخبر الواحد ، وهو الحديث الذى رواه عن الرسول مَعْقِل بن سنان[2] .

ونحن نرى أنه ما دام القرآن حكم بأن المطلِّق وقد طلَّق باختياره وَنـكَبَ المرأة بفعله ، لا صداق عليه فى هذه الحالة ، فبالأولى ، كما ذهب الإمام علىٌّ ، يكون الميت حاله هذه الحال ، أى لا يكون لزوجته تلك مهر فى تركته . اللهم ، إلا إن صح حديث مَعْقِل ، فهنا يكون حكم الرسول الذى لا ينطق عن الهوى هو الحق .

٥٤ — ح) وننتهى أخيراً بذكر هذا المثـال ، وهو مثال يرينا أيضاً صورة واضحة من اجتهاد سيدنا عثمان بن عَفّانَ رضى الله عنه . فقد روى مالك أن ضَوَالَّ الإبل كانت تُتْرَكُ فى عهد عمر بن الخطاب ، مُرْسَلَة تتناتج لا يمسُّها أحد حتى يجدها صاحبها . وذلك لحديث صاحبي الصحيحين (البخارى ومسلم) عن زيد بن خالد الجهنى ، قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللُّقْطَة ، فقال : « اعْرف عِفَاصَهَا وَوِكاءها ، ثم عَرِّفها سنة ؛ فإن جاء صاحبها ، وإلا فشأنَك بها » . قال : فضالّة الغنم ؟ قال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » . قال : فضالة الإبل ؟

---

(١) سورة البقرة م ٢ — ٢٣٦ .

(٢) تاريخ التشريع للخضرى ، ص ١١٨ ؛ الفكر السامى للحجوى ج ٢ : ٤٢ .

قال : « مالك ولها ! معها سِقاؤها وحِذاؤها ، تَرِدُ الماء ، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربُّها »[١] .

لكن الإنسان متغير كما يقول الفلاسفة ، والضمائر ترِقّ بمرّ الزمن . إذ أن عثمان رضى الله عنه رأى الأيدى تمتد إلى ضَوالِّ الإبل فلا يصل بعضها إلى أصحابها ، فرأى ، أخْذًا بالمصالح المرسلة ، أن يمنع التقاطها ، وعيَّن راعياً يجمعها وَيعرِّفها ، فإن لم يجد صاحبها باعها وحُفظ الثمن له حتى يجىء[٢] .

وهنا نرى عمر يستمسك بالنص ، و بخاصة وقد كان الناس فى عهده من الورع بحيث لا يمُدُّ أحدهم يده لما ليس له . وعثمان أخذ بالمصلحة العامة المرْسَلة أى التى لا دليل عليها من النص ، مع وجود نص يخالفها ، وذلك لتغير الناس . ولا عجب فى هذا التغير مع قُرْب ما بين العهدين ! فإنه بقتل عمر انفتح باب الفتنة ، وحدث كثير من الهَرْج والمَرْج[٣] ، وغير ذلك من ضروب الشر .

٥٥ — من هذه المُثُل ، ولو شئنا لأتينا بكثير غيرها ، نرى أن الاختلاف فى الآراء الفقهية الذى كان بين بعض الصحابة و بعض ، أو بين بعض الصحابة والتابعين ، كان اختلافاً يرجع إلى أسباب عديدة . فأحياناً يكون سببه اللغة ، كما فى مسألة جعل الجد أبا أو غير أب ، فيحجب الإخوة أو لا يحجبهم فى الميراث ؛ ومسألة انقضاء العدة بثلاث حيضات أو ثلاثة أطهار ، تبعاً للاختلاف اللغوى لمعنى القُرْء . وأحياناً يرجع إلى ترك الحديث ، لأنه خبر الواحد ، إلى القياس فى رأى البعض ، والأخذ به مع ذلك فى رأى البعض الآخر .

وقد يعود الخلاف إلى تغير الزمن كما فى مسألة ضوالِّ الإبل ، ومسألة جعل عمر

---

(١) اللؤلؤ والمرجان ج ٢ : ٢٢٩ ؛ والعفاص هو الوعاء الذى تكون فيه اللقطة ، والوكاء هو رباط هذا الوعاء ، والمراد بالسقاء والحذاء فى الإبل أنها لا تحتاج لآخذ يسقيها لما تختزنه من الماء فى جوفها ، وأن خفها يعتبر كأنه حذاء تقوى به على السير وورود أماكن الكلأ والماء .

(٢) تاريخ التشريع للخضرى ، ص ١٢٤ ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج٢ : ٧٢ .

(٣) فى المختار : مرج الأمر والدين اختلط ، وبابه طرب ، ومنه الهرج والمرج .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلقات حقاً زجراً للناس ، ومسألة من تزوجت وهى فى عدتها وتحريمها على هذا الذى تزوجها تحريماً أبدياً . وأخيراً ، كان من أسباب هذه الاختلافات ما يرجع لتقدير المصلحة العامة للمسلمين جميعاً ، كما فى مسألة تقسيم الأرض المفتوحة عَنْوَةً (أى بالقوة والحرب) أو عدم تقسيمها ووضع الخراج عليها .

٥٦ — وهكذا ، نرى الاختلاف فى عهد الصحابة يرجع إلى هذه الأسباب وأمثالها . ولا يكون إلا حيث لا يجدون نصاً مُحْكَماً فى القرآن أو سنة لا ريب فيها عن الرسول . وفى هذه الحالة ، يكون الاجتهاد بالرأى والقياس ، كما يكون الأخذ بالمصالح المرسلة .

وإذاً ، تكون مصادر الفقه فى هذا العصر هى المصادر الأربعة المعروفة : الكتاب ، السنة ، القياس أو الرأى ، ثم الإجماع الذى لا بُدَّ له من سند من واحد مما تقدم . وأحياناً يكون مصدر التشريع هو المصالح المرسَلَة ، كما رأينا ، كما يكون أحياناً أخرى العُرفَ كما كان أيام الرسول نفسه .

* * *

٥٧ — وبعد كبار الصحابة طوال عهد الخلفاء الراشدين ، يجىء فترة صغار الصحابة وكبار التابعين من أول ولاية معاوية بن أبى سُفْيان إلى ما بعد المائة الأولى بقليل .

وتبدأ هذه الفترة « بعام الجماعة » وهو العام الحادى والأربعون من التاريخ الهجرى ، إذ اجتمعت فيه كلمة المسلمين على خلافة معاوية بن أبى سُفيان الأموى بعد نزول الحسن بن على ، رضى الله عنه ، له عن الخلافة ، وبهذا النزول ابتدأت دولة بنى أمية . إلا أن ذلك لم يمنع من وجود طوائف شَذَّت عن هذه الجماعة ، وهم الخوارج والشِّيعة .

٥٨ — أما الأولون فقد كانوا لا يرون انحصار الخلافة فى أسرة خاصة أو بيت

معيَّن ، بل الخليفة هو من يكون الأصلح لإمامة المسلمين وتولَى أمورهم ، إذ قد أوجب الرسول علينا طاعة الأمير ولو كان عبداً حبشيا ، و يترتب منطقياً وطبعيا على هذا المبدأ أن يكون الخليفة باختيار المسلمين ، ولهذا وذاك ، لم يقِرُّوا بخلافة معاوية وآل بيته ، بل خرجوا عليهم وناهضوهم بالقوة ، وكان بين الفريقين من الحروب ما سجَّله التاريخ .

وأما الشيعة ، نعنى شيعة آل بيت الرسول ، فإنهم لم يكونوا يرون الخلافة حقاً إلا لعليّ رضى الله عنه وآل بيته ، لما يروونه من أن الرسول أوصى بالخلافة له من بعده ، ومن ثَمَّ يكون من سَلَبَهم هذا الحق ظالماً لا تصح ولايته ، ونتيجة ذلك كله عدم اعترافهم بخلافة الأمويين وتجويز الخروج عليهم إذا واتَتْهُم الفرصة . وقد واتتهم هذه الفرصة ، وإن كانت غير كاملة[1] ، إذ وصل العباسيون بالقوة إلى الخلافة عام ١٣٢ هـ ، وذلك بعد هزيمتهم آخر خلفاء الأمويين وهو مروان ابن محمد الملقَّب بمروان الحِمار .

ومع موقف الخوارج والشيعة هذا الموقف العدائى ضد الأمويين ، فإن هذه الدولة هى التى فتح الله على المسلمين فى عهدها الأقطار الواسعة شرقاً وغربا ؛ إذ وصل الإسلام إلى الصين بأقصى المشرق ، وإلى أقصى المغرب على المحيط الإطلانطى ، وإلى الهندجنوبا ، وإلى غير ذلك كله من العالم الذى كان معروفاً حين ذلك التاريخ .

٥٩ — ومهما يكن ، فقد تميَّزت هذه الفترة من حياة الفقه بأمور :

ا) فُرْقة المسلمين سياسياً ، إلى خوارج وشيعة وأهل السنة والجماعة ، بسبب الاختلافات فى الخلافة ، وكان لهذا الخلاف الشديد أثره الكبير فى الفقه بلا ريب . فإن الخوارج لم يكونوا يعتمدون من الأحاديث إلا ما رواه رجالاتهم ، وكذلك

---

(١) لم تكن هذه الفرصة كاملة لأن الخلافة انتقلت إلى بيت العباس بن عبد المطلب ، لا بيت على بن أبى طالب .

الشيعة ، على ما ذكرنا من قبل[1] . أما جمهور المسلمين ، فقد كانوا يعتمدون الأحاديث التي ثبت صحتها عندهم مهما دخل في أسانيدها من رجال الفرق الأخرى متى كانوا ثقات .

٦٠ — ب) وكان من أثر كثرة الفتوح الإسلامية أن تفرّق الصحابة وغيرهم من التابعين في البلدان المختلفة ، و بخاصة وقد ذهب عمر بن الخطاب الذي كان قد حجر على كبار الصحابة ومنعهم من ترك مدينة الرسول ، وذلك مخافة افتتان الناس بهم أو افتتانهم بالدنيا الطويلة العريضة التي أفاء الله على المسلمين ، ولكونهم أهل شوراه .

وطبيعي أن يكون في هؤلاء الذين تفرقوا في البلدان الإسلامية ، المعلِّمون والقراء ، وأهل البصر بالكتاب والسنة وآراء كبار الصحابة في مسائل الدين والفقه وطبيعي أيضاً أن يصح من الأحاديث عند البعض مالا يصح عند غيرهم ، وذلك لعوامل ليس هذا موضع بيانها .

٦١ — ج) ولهذين الأمرين ، و يضاف إليهما زوال عهد عمر الذي كان ، كما عرفنا ، يُشَدِّد كثيراً في رواية الحديث ، نرى التحديث يكثر عن الرسول ، فكان كلٌّ يحدِّث بما سمع عن الرسول بنفسه أو بواسطة رواة آخرين .

وكان من كثرة التحديث عن الرسول ، من الفرق المختلفة وفي البلدان المتفرقة و بلا تثبُّت أحياناً ، أن ظهر الخطأ في نسبة الحديث إلى الرسول ، بل الكذب عمداً عليه ، رغبة من أصحاب الفرق والمقالات المختلفة في نُصْرَة آرائهم ومذاهبهم بأحاديث يسندونها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم[2] .

---

(١) ونذكر هنا أن من المراجع الهامة في الفقه للشيعة الزيدية ، كتاب « مجموع الفقه » المنسوب للامام زيد بن علي ، وهو كتاب شرحه شرف الدين الحسين بن أحمد اليمني الصنعاني المتوفى عام ١٢٢١ هـ في كتاب ضخم ذي خمسة أجزاء سماه « الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير » وقد طبع بمصر عام ١٣٤٨ هـ .

(٢) كان لوضع الحديث كذبا على الرسول أسباب مختلفة ، منها الرغبة في إفساد الدين ، وهذا فعل الزنادقة ؛ والترغيب في الخير ، والترهيب من الشر ، وهو صنع بعض الجهلة من المتعبدين ؛ والتهاون في الرواية عن الرسول كصنيع الفسقة من المحدثين ؛ رغبة في نصرة صاحب المذهب مذهبه، كما ذكرنا .

٦٢ — د) ابتعاد بعض خلفاء الدولة الأموية وأمرائها عن سنة السَّلَف الصالح ، وبخاصة أهل المدينة ، واعتدادهم فى حياتهم وتصرفاتهم بآرائهم وتفكيرهم الشخصى بعد أن جعلوا من خلافة المسلمين مُلْكاً عَضُوضاً لهم ولأسرتهم بما ابتدعوه من نظام « ولاية العهد » الذى لم يعرفه الإسلام من قبل .

ومن المثل الدالة على هذه النزعة ما ذكره النَّسائى(١) فى البيوع من أن مروان كتب إلى أُسَيْد بن حُضَيْر الأنصارى ، وكان عاملا على اليمامة ، بأن معاوية كتب إليه بأن من سُرِق منه متاع فهو أحقُّ به حيث وجده . فكتب أُسَيْد إليه بأن النبى قضى بأن من ابتاع متاعاً مسروقاً ، وكان غير مُتَّهم ، كان صاحبه بالخيار بين أخذه من المشترى بثمنه وبين الرجوع على السارق ، ثم قضى بذلك أيضا أبو بكر وعمر وعثمان . فبعث مروان بهذا الكتاب إلى معاوية ، فكتب إليه : إنك لست أنت ولا أُسَيْد تقضيان علىّ ، ولكنى أقضى عليكما ، فقال أسيد حين علم بذلك : لا أقضى ما وليت بما قال معاوية(٢) .

٦٣ — وكان من ذلك أن أخذ صفوة من الصحابة والتابعين ، العلماء بالكتاب والسنة ، يتجهون إلى تأسيس علم الفقه الذى يقوم على هذين المصدرين العظيمين ، والذى يجب أن يكون مثلاً أعلى للقانون الذى تقوم عليه حياة المسلمين العملية ؛ فكان هذا بدء سَيْر الفقه فى اتجاه نظرى يختلف ، كثيراً أو قليلا ، عن الواقع العملى فى الحياة .

ومن هذه الصفوة ، كان سعيد بن المسيِّب المتوفى عام ٩٣ هـ ، فقد راعه ، وهذا مثال آخر لإهمال الأمويين الأخذ أحياناً بالسنة ، أن معاوية أيضاً قد استلحق زياداً بن أبيه مُقرًّا بأخُوَّته له ، نازعاً فى هذا إلى عُرْف الجاهلية ومستجيباً لعوامل سياسية ، على حين أن الشريعة لا تبيح ذلك ، وفى هذا كان

---

(١) هو شيخ الإسلام الحافظ الإمام أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى ، صاحب السنن المعروفة ، وقد توفى عام ٣٠٣ بفلسطين . عن تذكرة الحفاظ للذهبى ، ج ٢ : ٢٤١ — ٢٤٣ .
(٢) وانظر الفكر السامى للحجوى ، ج ٢ : ٤٩ — ٥٠

سعيد يقول : قاتل الله فلاناً ، يريد معاوية ، كان أول من غَيَّر قضاء الرسول ، وقد قال الولد للفراش وللعاهر الحَجَر[1] يريد الرجم بالأحجار .

٦٤ — هـ) ثم كان من نتائج ذلك كله ، أن كثرت الآراء والفتاوى الفقهية في الواقعات والحوادث الكثيرة المختلفة التي تتطلب أحكاماً لها ؛ وبخاصة وقد اتسعت رُقْعة الدولة الإسلامية ، ووجد المسلمون أنفسهم في بلاد لها عادات وتقاليد وأعراف جديدة عليهم ، وكل ذلك يستدعي أحكاماً غير ما كانوا يعرفون .

ومن الواجب أن نضيف لهذا سبباً آخر . نعني أن الورعين من العلماء بالكتاب والسنة ، لما رأوا كثرة رواية الحديث عن الرسول والكذب عليه أحياناً ، لجأوا في معرفة أحكام الله الشرعية إلى اجتهادهم الخاص في فهم القرآن والثابت صحته لديهم من الحديث ؛ فكثُر أيضاً لهذا السبب الخلاف في الرأي الفقهي ، وتعددت الفتاوى في المسألة الواحدة[2] .

٦٥ — و) ظهور نزعتين في الفقه والتشريع : نزعة أهل الحديث ، ونزعة أهل الرأي ، وقد ظهر تبعاً لذلك ، مُفْتون من أهل الحديث وآخرون من أهل الرأي .

ذلك ، بأن كبار الصحابة كانوا لا يُفْتون في أحكامهم إلا بما يرجع للقرآن والسنة ، ثم يجنحون إلى الرأي والقياس إن لم يجدوا إلى غير هذا سبيلا . على أنهم كانوا لا يميلون إلى الرأي إلا للضرورة وبقدر مخافة القول بلا علم وتثبت في شريعة الله ، ومن ثم يُروى عن الكثير منهم ذم القول بالرأي والأخذ به .

فلما ذهب صدر الصحابة وجِلَّتهم ، وُجد بعدهم من احتذى حَذْوَهم في الوقوف في رأيه إلى القرآن والسنة لا يعدوهما ، وهؤلاء هم أهل الحديث . كما وُجد من ذهب إلى أن شريعة الله معقولة المعاني ، ولها مقاصد يجب رعايتها وأصول يجب الرجوع

---

(١) حلية الأولياء لأبي نعيم ، ج ٢ : ١٦٧ والحديث مشهور رواه البخاري ومسلم ؛ انظر اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ : ١١٧

(٢) ولذلك يلاحظ جولد تسيهر المستشرق المعروف ، أن الشك في الحديث كان من عوامل ظهور الرأي في الفقه . انظر العقيدة والشريعة في الإسلام ، ترجمتنا مع آخرين ، ص ٤٧

إليها ، ولم يلحق الرسول بالرفيق الأعلى حتى بَيَّن ذلك كله ؛ ولهذا يجب الأخذ بالرأى الذى هو نتيجة عمل العقل والاجتهاد الصحيح كما كان يفعل كبار الصحابة أحياناً ، و إلا جَمَدت الشريعة ولم يتقدم الفقه ، وبخاصة وقد دخل الشك والكذب فى الحديث . وهؤلاء الذين ذهبوا هذا المذهب هم أهل الرأى ، أو القياس ، الذين يرون — مع هذا — أن الأصل الأول للتشريع هو الكتاب والسنة الصحيحة ، كما أن الأولين أصحاب الحديث لم يكونوا طبعاً يهملون استخدام العقل والرأى فى استنباطهم الأحكام من القرآن والسنة ، ولكن كان يصح لديهم من الأحاديث ما لا يصح لدى الآخرين[١] .

٦٦ — وقد كان جمهرة أهل الحديث بالحجاز ، وجمهرة أهل الرأى والقياس بالعراق ، ولا عجب فى شىء من ذلك . فإن الحجاز مهد السنة وموطن حَمَلَتِهَا من الصحابة الأولين ؛ والعراق بلد جديد وبعيد عن موطن السنة ، وله حضارته التَّليدة وحظه الكبير من المعارف القانونية قبل الإسلام ، وفيه حصل الامتزاج بين عقليات مختلفة ، فكانت حاجته شديدة إلى الرأى والقياس فيما لا يجدون فيه نصوصاً من القرآن والسنة الصحيحة التى يعرفونها .

وكان لكل طائفة من أصحاب هاتين النزعتين رئيس يحمل لواءها . فرئيس أهل الحديث كان أولا سعيد بن المسيِّب السابق ذكره ، وهو رأس علماء التابعين وأحد الفقهاء السبعة الذين نشروا الحديث والعلم والفقه ، وقد توفى عام ٩٣ هـ . وكان زعيم مدرسة أهل الرأى والقياس هو ابراهيم بن يزيد بن قَيْس النَّخَعى[٢] ، وهو شيخ حَمّاد بن أبى سليمان الذى يعتبر شيخ الإمام أبى حنيفة ، وقد توفى عام ٩٦ هـ .

٦٧ — وقد تفرع ، فيما بعد ، أصحاب الحديث إلى مالكية وشافعية وحنابلة ،

---

(١) أنظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٥٢ — ٣٥٣ ، إذ يتحدث عن هاتين النزعتين اللتين انقسم الفقه إليهما وأسباب نشأة كل منهما .

(٢) نسبة إلى قبيلة كبيرة من مذحج باليمن . أنظر وفيات الأعيان لابن خلكان طبعة بولاق ، جـ ١ : ٤ .

كما كان منهم الظاهرية — أتباع داود بن علىّ ثم ابن حزم — الذين يتمسكون بالظاهر من القرآن والحديث . أما الأحناف فيرجعون إلى مدرسة أهل الرأى ، إذ كان مؤسسها — كما قلنا — شيخاً لشيخ أبى حنيفة صاحب المذهب .

و إن الذى يتتبّع بعض مراجع الفقه العامة ، يرى بوضوح كثرة الاختلافات فى الأحكام الفقهية بين أهل الرأى وأهل الحديث ، وذلك نتيجة اختلافهم فى الأصول التى يرجعون إليها فى التشريع ، ولكل وِجْهَة هو مُوَلِّيها[(١)] .

هذا ، ونختم الحديث فى الكلام عن حياة الفقه وتطوره فى هذا الدور ، بالإشارة إلى أنه ظهر فى هذه المرحلة عدد ضخم من المفتين ذوى نزعات مختلفة ؛ أى من أهل الحديث ، وأهل الرأى ، وغير هؤلاء وأولئك من رجال الفرق الأخرى . ولا نرى الإطالة ولو بذكر بعضهم ، مكتفين بالإشارة إلى مَظَانّهم من المراجع السهلة الوجود بأيدى الدارسين للفقه والفقهاء[(٢)] .

الدور الثالث

دور التدوين والنضج والكمال

٦٨ — كان هذا الدور أطول أدوار الفقه عمرا ، حاشا — بكل أسف — دور التقليد ، إذا استمر نحو مائتين وخمسين عاما ، فقد بدأ فى أوائل القرن الثانى الهجرى واستمر إلى منتصف الرابع .

وفى هذا الدور بدأ تدوين السنة ومذاهب الفقه ، وفيه ظهرت المذاهب الكبرى التى لا تزال معروفة ومتّبَعة — كل فى نواحٍ مختلفة من العالم الإسلامى — إلى

---

(١) أنظر إعلام الموقعين لابن القيم ، جـ ١ : ١١١ وما بعدها ، فقد صور النزاع بين المدرستين بصورة كبيرة ، وأورد فى ذلك حجج الفريقين وكثيراً من مواضع الخلاف .

(٢) أنظر تاريخ التشريع للخضرى بك ، جـ ٢ ١٥٢ وما بعدها ؛ الفكر السامى للحجوى ، جـ ٢ ص ٦٩ وما بعدها .

الآن ؛ نعنى مذاهب أبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل من أهل السنة ، ومذاهب الزيديّة والإمامية من الشيعة .

كما ظهر فيه أيضا فقهاء أعلام آخرون ، وكان منهم أصحاب مذاهب مستقلة عرفها التاريخ ، إلا أنها اندثرت بمُضِيِّ الزمن ، إذ لم تجد من يقوم بها ويرعاها ويعمل على تخليدها كما وجدت المذاهب الأولى .

وينبغى من أول الأمر أن نشير إلى أهم الخصائص التى تميَّز بها هذا الدور ، فكان مرحلة خاصة من مراحل حياة الفقه ، وهذه الخصائص هى :

٦٩ — ا) قيام الدولة العباسية بعد سقوط الدولة الأموية ، وأول خلفائها أبو العباس عبد الله الملقب بالسَّفاح لكثرة ما تسبب فى إراقة دماء خصومه ، وكان بدء قيام الدولة العباسية عام ١٣٢ هـ .

ويعتبر قيام هذه الدولة حدثاً ملحوظاً فى حياة الفقه والتشريع ، لأنها قامت باسم الدين وعلى الدين ، فلا عجب أن يُعنى رجالها بالحياة الدينية ، وأن يعملوا على أن تقوم على قانون مستمد من صميم الفقه الإسلامى ، فكانت الحاجة ماسة للفقه والفقهاء .

حقا ، لقد كان حكم العباسيّين عاملا قوياً من عوامل ازدهار الفقه وتطوره ، وفقاً للحياة العامة التى كان عليها المسلمون إبان هذه الدولة ، وتمشِّيا مع ما كان يجدُّ من مشاكل ووقائع تتطلَّب أحكاماً شرعية لها .

٧٠ — ومن مظاهر تلك العناية الطيبة ، ما نعرفه من إجلال الخلفاء العباسيين أيام عزهم ومجدهم لرجال الفقه . ومن هذا ، نجد الإمام مالكا بن أنس يوجه إلى الخليفة الرشيد رسالة قوية ينصح فيها ويذكِّر بما يجب عليه لله وللمسلمين ، كما نرى هذا الخليفة يرسل إليه بالمسجد ابنيه الأمين والمأمون ليسمعا منه حديث الرسول مع سائر من يحضر مجلسه من المسلمين[١] .

---

(١) مفتاح السعادة ، جـ ٢ : ٨٦ .

٧١ — وفى ذلك أيضاً ، نجد الرشيد نفسه يطلب من أبى يوسف تلميذ أبى حنيفة وصاحبه أن يضع له كتابا يستهديه فى نُظم الدولة المالية وإدارتها ، فيكتب له مؤلفه المعروف : كتاب الخراج . وفى مقدمة هذا الكتاب القيِّم يقول للخليفة ، أقوى سلطان فى ذلك العصر[1] :

« فأقم الحق فيما ولاّك الله وقلّدك . . ولا تزغ فتزيغ رعيتك ، وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب . . وكن من خشية الله على حذر ، واجعل الناس عندك فى أمر الله سواء ، القريب والبعيد . . وإن الله سائلك عما أنت فيه ، وعما عملت به ، فانظر الجواب ! . . وإنى أوصيك ، يا أمير المؤمنين ، بحفظ ما استحفظك الله ورعاية ما استرعاك الله ، وألا تنظر فى ذلك إلا إليه وله ؛ فإنك إلا تفعل ، تتوعر عليك سهولة المدى ، وتَعْمى فى عينك ، وتتعفَّى رسومه ، ويضيق عليك رحبه ، وتنكر منه ما تعرف وتعرف منه ما تنكر . فخاصم نفسك خصومة من يريد الفلج لها لا عليها ، فإن الراعى المُضَيِّع يضمن ما هلك على يديه مما لو شاء رده عن أماكن الهَلَكة بإذن الله » . . إلى آخر ما قال[2] .

على أن الخليفة الرشيد لم يكن الفريد فى إجلال الفقهاء ، وسؤالهم النصح والتوجيه ، فقد كان هذا شأن غيره أيضاً من خلفاء هذه الدولة ، والأمر معروف لمن شدا شيئاً من التاريخ الإسلامى المجيد .

٧٢ — لا عجب إذاً أن يجد الفقه فى هذه الفترة الطيبة من حياته تربة صالحة للنمو والكمال ، ويكون من ذلك نشر سنة الرسول وظهور كبار المجاميع فيها ، وكثرة ما ذخرت به كتب الفقه من الأحكام والتشريعات العملية ، وتدوين ذلك كله فى مؤلفات رويت عن أئمة الفقه وكبار أصحابهم وتلاميذهم المباشرين وغير المباشرين .

---

(١) ص ١ — ٣ من طبعة بولاق الأميرية .

(٢) أين هذا مما نحن عليه ، رجال الدين هذه الأيام ، فى صلاتنا بالملوك وأولى الأمر من الحكام !

ثم ، لقد قامت هذه الدولة الجديدة في العراق مهد المدنية الفارسية وغيرها من المدنيات التي تواردت على هذه البلاد ، فكان أن التقت هذه الحضارات والعقليات التي تمثلها بالحضارة العربية والعقلية العربية ، وأن تعاون في بنائها العقل العربي والعقل الفارسي والعقل الرومي ، فأخذت من كل عقل بأحسن ما كمن فيه من قدرة الإبداع[١] » ، وقد ظهر هذا الإبداع في الفقه والتشريع كما ظهر في نواحٍ مختلفة أخرى .

٧٣ — ب) قويت الحركة العلمية واشتدت بسبب عوامل عدّة ، وكان من أهم هذه العوامل بلاريب ترجمة العلوم والفلسفة اليونانية للغة العربية فضلا عما نقل للعربية أيضاً من تراث فارس والروم . ومن الحق ، إن حركة الترجمة بدأت أيام الأمويين ، ولكنها لم تأخذ قوتها العجيبة وازدهارها الكبير إلا في عهد الدولة العباسية بفضل الخليفة المأمون .

وكان مما نُقل للعربية منطق أرسطو وفلسفته وفلسفة غيره من أساطين اليونان ، والمنطق ، كما نعرف ، يقدم ما يلزم من آلات ووسائل للوصول إلى المجهول بطريق القياس والاستنباط . ومن البدَهيّ أن يكون الفقهاء ، مثلهم في هذا مثل سائر العلماء في الميادين المختلفة . قد أفادوا فائدة كبرى من المنطق وسائر فروع الفلسفة الأخرى[٢] .

٧٤ — ح) لما كثر التحديث عن الرسول ، وغَزُر إلى حد كبير ما رُوِي عنه أو نُسِب إليه من الأحاديث ، ندب بعض أعلام المسلمين من رجال الحديث أنفسهم للفحص عن هذه الأحاديث وتصنيفها و بيان صحيحها من ضعيفها والموضوع منها ، ثم لتدوينها في دواوين خاصة يرجع إليها المسلمون كما يرجعون للقرآن لمعرفة دينهم وشريعتهم ، وكان هذا الصنيع فضلا وتوفيقاً عظيمين من الله لحفظ الأصل الثاني للاسلام وهو سُنَّة رسوله .

---

(١) تاريخ التشريع للخضري بك ، ص ١٧٤ .
(٢) علماء الكلام أو التوحيد هم الذين استفادوا ، أكثر من غيرهم ، من فلسفة اليونان .

وأم هذه المجموعات أو الدواوين ، هو ما يعرف « بالكتب الستة » ؛ إذ فاق أصحابها فى الدقة والفحص والاختيار سواهم ، ففاقت الكتب نفسها غيرها فى الاعتبار لدى المسلمين وتقديرهم لها ، وأصحاب هذه الكتب هم :

١ — أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى ، المتوفى عام ٢٥٦ هـ .

٢ — مسلم بن الحجاج النيسابورى ، المتوفى عام ٢٦١ هـ .

٣ — أبو داود سليمان السِّجستانى ، المتوفى عام ٢٧٥ هـ .

٤ — أبو عيسى محمد بن عيسى التِّرْمِذى ، المتوفى عام ٢٧٩ هـ .

٥ — أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينى المعروف بابن ماجه ، المتوفى عام ٢٧٣ هـ .

٦ — أبو عبد الرحمن أحمد بن شُعَيْب النَّسائى ، المتوفى عام ٣٠٣ هـ[1] .

هذه الجاميع وأمثالها ، ومنها ما صُنِّف على أبواب الفقه المختلفة ، والتى أنفق مؤلفوها — الأئمة الحفّاظ الأعلام — ما أنفقوا من جهود ، قدمت بلا ريب مادة غزيرة خصبة للفقهاء يستخلصون منها الأحكام الفقهية بجانب القرآن ، ولذلك كان لها أثرها الكبير فى نُموٍّ الفقه واكتماله .

٧٥ — د) إلا أنه بسبب طول العهد وكثرة التحديث ، وما تبع هذا من شيوع الكذب عمداً على الرسول بوضع الأحاديث لأغراض مختلفة أشرنا من قبلُ إليها ، قامت صعوبات أمام الفقهاء لم يكن من السهل تذليلها ، ومرجع هذه الصعوبات عُسْرُ معرفة الحرِىِّ بالتصديق من هذه الأحاديث وتبين الأحاديث الأخرى الموضوعة .

وكان لذلك كله ، أن وُجدت شِرْذِمَة رفضت السنة جميعها ، أى رفضت الأخذ بها فى بيان الأحكام الشرعية الفقهية ، زاعمين أن فى القرآن غُنْية عنها

---

(١) يرى ابن خلدون أن أمهات كتب الحديث خمسة ، إذ لم يذكر مجموع ابن ماجه . راجع المقدمة ، ص ٣٥٠ — ٣٥١ .

مادام قد جاء تِبياناً لكل شيء وقد نزل « بلسان عربى مبين » يفهمه العرب جميعاً ومن إليهم من الموالى[١] ، هؤلاء الموالى الذين حذقوا اللغة العربية وصار الكثير منهم من الأعلام حَمَلَةَ العلوم الإسلامية . والإمام الشافعى رضى الله عنه ، يؤكد لنا أقوال هذه الطائفة ، ويبين ما تحتج به من الأدلة ، ثم يحاجهم ويبين خَطَل ما ذهبوا إليه ، وذلك فى كلام قيِّم جداً يجب الرجوع إليه[٢] .

على أن هذا الرأى الخاطىء البيِّنَ البُطْلان ، كان لا بد أن يختفى بفضل رجال الحديث والفقه الذين يرون — بحق — أن السنة أصل أصيل بعد القرآن للفقه ، وإلا فيم تكون رسالة الرسول إن لم تكن لبيان ما نُزِّل إليه من الكتاب ! وذلك يكون بتوضيح مجمله وتقييد مُطْلَقه وتحديد مُبْهَمه ونحو هذا كله ، كما يكون بالإتيان ببعض التشريعات التى لم يجىء بها القرآن ولكنها تتفق وروحه ومقاصده

٧٦ — هـ) وأخيراً ، كان من الطبيعى لكل ما قدمناه أن تكثر الآراء والفتاوى فى المسألة الواحدة ، وذلك للاختلاف فى اعتبار الحديث صحيحاً أو غير صحيح ، أو للاختلاف فى بعض أصول الفقه نفسها ، كالقياس ، واعتبارها أو عدم اعتبارها من أدلة الأحكام الفقهية .

وكذلك كان طبيعياً أن يتعصب كل من الفقهاء لآرائه ، وأن يحتج لها ما وسعه الاحتجاج ، وأن يجتهد — هو وتلاميذه وأنصاره — فى إقامتها على أسس وأصول متينة يكون عنها منطقياً كل ما يريد من تطبيقات وتفريعات .

ومن هنا ، كان للفقه مذاهبه الكثيرة المعروفة . ومن هذه المذاهب ما اندثر وذهب مع الزمن ، ومنها ما كُتب له الخلود حتى اليوم وإلى ماشاء الله . وسنتحدث فى بحث قريب ، عن هذه المذاهب وتلك ، إن شاء الله تعالى .

---

(١) تطلق كلمة « الموالى » على من دخل فى الإسلام من غير العرب ، ثم صار كثير منهم من رجال العلم والإدارة وبخاصة أيام العباسيين التى قامت دولتهم على أكتافهم .

(٢) كتاب الأم ، جـ ٧ : ٢٥٠ وما بعدها . وهنا نذكر أنه كما قام فى هذا الدور نزاع فى اعتبار السنة أصلا من أصول الفقه ، وجد نزاع فى غيرها من الأصول مثل الإجماع والقياس ، وسيجىء بحث ذلك كله فى مبحث خاص .

٤ - الدور الرابع

دور التقليد المستمر حتى اليوم

بعد أن وصل الفقه إلى أَوْجِه فى الدور السابق ، أخذ رُوَيْداً رويداً فى الانحطاط حتى غلب التقليد على أهله ، وكان ذلك لعوامل عديدة نشير إلى أهمِّها .

٧٧ — ا) فى هذا الدور تقطعت أوصال الدولة الإسلامية ، وصارت دولا عديدة ، وهكذا ضعف أمر الدولة الكبرى التى كانت تشجع الفقهاء وتدعوهم للبحث وتثيب عليه . وكان لذلك أثره بلا شك فى حياة الفقه نفسه ، فبدأ يأخذ فى الركود والوقوف على ما كان ، وفارقته — أو كادت — الحياة الدافقة المتجددة .

حقاً ، لقد كان — مع بقاء الدولة العباسية ببغداد منهوكة القُوَى — للأمويين دولة بالأندلس ، وللفاطميين دولة بشمال إفريقية حاضرتها « المهدّية » من بلاد تونس ، كما كان بمصر دولة الإخْشيديِّين و إن كانوا تابعين إسمياً لبغداد ، وبالمشرق الدولة السَّامانيَّة وعاصمتها بُخارى فيما وراء النهر . بل كانت ببغداد نفسها دولة « بنى بُوَيْه » ، ثم دولة السَّلاجِقة ، وكان لكلتيهما السلطان الفعلى وللخليفة العباسى مجرد الاسم . وزاد الأمر سوءا أن هذه الدول ، التى توزَّعت فيما بينها رُقْعة العالم الإسلامى ، كانت تتنازع النفوذ والسلطان ويكيد بعضها لبعض .

ثم تعاقبت دُول على أخرى ، حتى بلغ الضعف بالبلاد الإسلامية مداه ، وجاء هُولاكو حفيد جَنْكِيز خان واستولى على بغداد وقتل آخر خلفاء بنى العباس وهو المستعصم بالله عام ٦٥٦ هـ ، وبذلك صارت بغداد قاعدة لدولة تَتَرِيَّة مخرِّبة ليس لها دين سماوى ولا أثارة من القوانين الإلهية :

٧٨ — ب) وهذا عامل آخر ، وربما كان أخطر العوامل وأشدها أثراً ، نعنى به استنامة رجال الفقه فى هذا الدور إلى المذاهب الأربعة المعروفة ، بعد أن

دُوِّنت وصار لها أتباع أقوياء ، ثم بعد أن استوت و بلغت من القوة المدى البعيد ، وأخذت تُؤْتى أُكُلَها ويجنى المسلمون ثمراتها . و بخاصة ، وقد وجدوا فيها حلول ما كان يجدُّ لهم من مشاكل وواقعات .

فلماذا إذًا يُعَنُّون أنفسهم بالاجتهاد فى تأسيس مذاهب أخرى يكون لها أصولها الخاصة ! .

وتلك علامة من علامات انحطاط الحياة العقلية ، ونذير بتدهور الأمة فى عامة أمورها ، حتى تصل من ذلك إلى ما قدر لها الله . والأيام دُوَلٌ بين الأمم ، والأمة كائن حى يَعْتَوِرُه ما يعتور الأفراد من طفولة وشباب ثم كهولة وشيخوخة وفناء ! .

٧٩ — ﺣ) قصر أنصار كل مذهب من تلك المذاهب التى تلقَّتْها الأمة بالقبول ، جهودهم على تأييد مذهب إمامهم فى أصوله وفروعه وتطبيقاته العملية ، والإشادة بأئمتهم ، ومن إليهم من رؤساء المذاهب وأعيانه ، وبما خُصُّوا به من نبوغ وملكة فقهية ومقدرة فائقة على الاستنباط ، حتى كأن الله خصهم وحدهم بفضله وحبسه عن غيرهم ! .

بذلك ، فنيت شخصيات الفقهاء فى هذه المرحلة فى شخصيات متبوعيهم من الأئمة ، وماتت فيهم روح الاستقلال فى التفكير ، فصاروا مقلدين تابعين لا أئمة متبوعين ، كما أصبح عسيراً كل العُسْر أن يعتقد أهل ذلك العصر أن بالإمكان ظهور إمام مستقل يلحق بالأئمة السابقين ! .

٨٠ — د) لم يكن هناك نظام إدارى أو تشريعي يقصر الفتوى على من هم أهل لها ، و يأخذ على أيدى غير الصالحين للحكم فى شريعة الله ، فتصدَّى كثيرون للإفتاء ، حتى كان يصدر فى المسألة الواحدة أقوال وفتاوى متعددة متعارضة ، وليس معنى هذا إلا الفوضى وحيرة المستفتين .

ومن أجل ذلك ، رأى أهل العلم والبصر بالفقه — فى أواخر القرن الرابع —

أن يَسُدُّوا باب الاجتهاد ، وأن يجعلوا القضاة والمفتين مقيدين بأقوال الأئمة الأربعة المعروفين الذين أجمعت الأمة على الرضى بهم ، وبهذا وقع المسلمون فى الجمود على أقوال السابقين الذين كانوا هم أنفسهم يصرحون بأنهم عرضة للخطأ ، ولاعجب فى هذا فالعصمة لله وحده ثم لرسوله من بعده فى شئون الرسالة .

٨١ — وفى هذا يقول ابن خلدون مانصه[1] : « ووقف التقليد فى الأمصار عند هؤلاء الأربعة ، ودرس المقلدون لمن سواهم ، وسدَّ الناس باب الخلاف وطرقه ؛ لمَّا كثر تشعُّب الاصلاحات فى العلوم ، ولِما عاق عن الوصول إلى رتبة الاجتهاد ، ولما خُشِي من إسناد ذلك إلى غير أهله ومن لايوثق برأيه ولا بدينه . فصرَّحوا بالعجز والإعْواز ، وردُّوا الناس إلى تقليد هؤلاء ، كل بمن اختص به من المقلَّدين .. ولم يبق إلا نقل مذاهبهم ، وعمل كل مقلِّد بمذهب من قلده منهم بعد تصحيح الأصول واتصال سندها بالرواية ، لامحصول اليوم[2] للفقه إلاهذا . ومُدَّعى الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه مهجور تقليده ، وقد صار أهل الإسلام اليوم على تقليد هؤلاء الأئمة الأربعة[3] .

* * *

على أن الحالة العلمية كانت ، رغم ذلك كله ، بحمد الله أحسن حظا من الحالة السياسية ؛ إذ استمرت نامية مزدهرة فى هذا الدور فى بعض بلاد العالم الإسلامى ، مثل مصر والشام والمغرب والأندلس ، وكان أن نبغ فى هذه المرحلة أيضاً علماء كبار ومفكرون عظام لهم فضلهم الذى لا يُنسى فى الفقه وغيره من العلوم ، وكان من هذا الفضل كثير من التراث العلمى الإسلامى الذى مازلنا ننتفع به حتى اليوم .

٨٢ — ولكن أحداً من هؤلاء الفقهاء ، الذين نبغوا فى هذا الدور ، لم يقارب

---

(١) المقدمة ، ص ٣٥٥ .

(٢) توفى ابن خلدون عام ٨٠٨ هـ .

(٣) بعد ذلك ، أخذ ابن خلدون فى بيان مجال كل مذهب من هذه الأربعة فى العالم الإسلامى على ما كان فى عصره ، ص ٣٥٥ — ٣٥٧ .

مرتبة أحد من الأعلام أصحاب المذاهب الذين نبغوا فى الدور السابق؛ فإن فقدان الاستقلال السياسى لدولة ما يجر وراءه طبعاً ضعف، إن لم نقل فقدان، الاستقلال فى التشريع والابتكار؛ ومصداق هذا حالة الشرق هذه الأيام التى صار فيها تبعاً للغرب فى السياسة والقانون أيضاً!

لقد ذهبت تلك الروح العظيمة القوية التى كانت تُسَيِّرُ أولئك الفقهاء الأعلام المستقلين فى تفكيرهم، والذين بلغوا الذروة فى زمانهم، هذه الروح التى جعلت أبا حنيفة يقول: « ماجاءنا عن الصحابة فعلى الرأس والعين، وماجاءنا عن التابعين فهم رجال ونحن رجال »! بل التى جعلت مالك بن أنس يقول: « ليس أحد إلا يؤخذ من قوله ويُترك، إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم »!

٨٣ — وبذهاب هذه الروح القوية المستقلة، فترت همم العلماء، وران الضعف على العقول والقلوب؛ حتى ليرى أبو الحسين عبيد الله الكَرْخى، وكان رئيس الأحناف بالعراق وقد توفى عام ٣٤٠ هـ، أن كل آية أو حديث يخالف ماعليه إمامه هو مؤول أو منسوخ[١]، وكان يُعَدُّ مع هذا من المجتهدين من بين الأحناف[٢]. فأين هذا من قول غير واحد من الأئمة الأربعة: « إذا صح الحديث فهو مذهبى، واضربوا بقولى عرض الحائط ».

وهكذا، نرى كلا من الفقهاء المتأخرين قد اتخذ لنفسه إماماً يتعصب لمذهبه، ويدور فى فلكه ومداره حيث دار، حتى إن اجتهد فى رأى كان اجتهاده فى هذه الدائرة نفسها، هذه الدائرة التى تسيطر عليها روح إمامه وتفكيره والأصول التى أقام مذهبه عليها، وهذا هو ما نعنيه بالتقليد لمذهب حين يرى مقلده أن أقوال صاحبه واجبة الاتباع باعتبارها شرع الله. فإن قصارى أمر المقلد أن يعتقد صحة مذهب إمامه، وإلا لما صح له تقليده؛ وأن يعتقد أيضاً خطأ المخالف لمذهبه، وإلا لما كان مذهبه صحيحاً فى رأيه.

(١) تاريخ التشريع للخضرى بك، ص ٣٢٥.
(٢) ولا ننسى أن الكرخى كان يعبر بقوله ذاك عن روح الفقهاء جميعا فى ذلك العصر.

٨٤ — وبعد ! ماذا كان عمل فقهاء هذا الدور من الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى فى حياته الطويلة الخالدة بإذن الله ، وبخاصة فى القرون الأولى من هذا الدور ؟

إن من هؤلاء الفقهاء ، الذين التزمت كل طائفة منهم تقليد إمام من الأئمة الأربعة ، من لم يكونوا ينقصون عن أسلافهم الأماجد فى تعمق الكتاب والسنة والبصر بأصول الفقه وطرق الاستنباط ، ولكنهم — مع ذلك — لم تكن لهم الحرية التى كانت لأولئك الأسلاف .

هذه الحرية فى الرأى التى كانت تجيز لرجالات الأدوار السابقة ، من الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم إلى الأئمة الأربعة المعروفين ، أن يغير الواحد منهم اليوم ما كان قد رآه بالأمس حين يتضح له وجه الحق . ومن ذلك إفتاء عمر بن الخطاب بأن الإخوة الأشقاء شركاء للأخوة لأم فى ثلث تركة المتوفى عن إخوة أشقاء وآخرين لأم وأم وزوج ، بعد أن كان قد رأى حرمان الأشقاء ، وفى ذلك قال : « ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضى »[١] ؛ ومن ذلك أيضاً ، قوله فى كتابه الذى كتبه لأبى موسى الأشعرى حين ولاه القضاء[٢] ولا يمنعنك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ؛ فإن الحق قديم لا يبطله شىء ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل »[٣] .

٨٥ — إذاً ، بعد أن وقف هؤلاء الفقهاء أنفسهم على نُصْره مذاهب أئمتهم التى التزموها ، كانت جهودهم فى هذه الناحية تكاد — فيما نرى — تتركز فى ثلاثة أمور :

ا) البحث عن علل ما استنبط الأئمة من أحكام ، إذ كان أولئك لم يذكروا

---

(١) الخضرى فى تاريخ التشريع ، ص ٣٢٥ .

(٢) وهذا الكتاب ، كما يقول ابن القيم ج ١ : ٧٢ ، كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتى أحوج شىء إليه.

(٣) ابن القيم ، ج ١ : ٧٢ .

الكثير من علل هذه الأحكام التى ذهبوا إليها ، وبمعرفة هذه العلل أمكنهم الإفتاء فى النوازل أو المسائل التى لم يرد فيها أحكام للأئمة : وهذا باستعمال القياس أو مراعاة المصالح المرسلة ، أو غير هذا وذاك من أصول التشريع ، وبذلك وضعوا علم أصول الفقه بعد أن كتب فيه الشافعى رسالته المشهورة .

ب) عملهم فى الترجيح بين الأقوال المختلفة فى المذاهب ؛ سواء فى هذا ما روى عن الأئمة أنفسهم ، وما روى عن أصحابهم وتلاميذهم الذين أقاموا هذه المذاهب . وهذا عمل له خطره ، ويتطلب ممن يقوم به معرفة تامة بتراث إمامه وبأصول مذهبه ، وطرقه فى استخراج الأحكام من أدلتها . ذلك لابد منه ، لتكون له المقدرة على ترجيح الآراء التى تتفق مع هذه الأصول ، أو مع الأدلة العامة الأساسية للفقه من الكتاب والسنة والقياس وغيرها .

جـ) تنمية التراث الفقهى بالعكوف على ما ترك الأئمة منه ، وبشرحه واختصاره أحيانًا ، والتعليق والتحشية عليه أحيانًا أخرى . وكانت من نتيجة هذا العمل ، ظفر العلم الإسلامى بتراث مجيد غزير فى الفقه ؛ تراث يُعجِزُ العادَّ حصرُه ، تركه لنا علماء أعلام جزاهم الله خيراً على ما بذلوا من جهود[1] .

٨٦ — هذا ، وقد كان من العناية بما ترك الأئمة والفقهاء السابقون من تراث فى الفقه وأصوله ، شرحاً واختصاراً وتعليقاً وتحشية ، أعاجيب فى باب التأليف . فقد رُزِق بعض تلك المؤلفات حظاً كبيراً كان منه أن نجد له شروحاً عديدة ، وتعليقات وحواشى عديدة ، ومختصرات كذلك عديدة .

ومن المُثُل فى ذلك فى الفقه الحنفى ، كتاب « بداية المبتدى » لبرهان الدين المَرْغِينانى المتوفى عام ٥٩٣ هـ . فقد شرحه مؤلفه نفسه فى كتاب « هداية المهتدى » ثم شرحه أكمل الدين محمد بن محمود البابَرْتى المتوفى عام ٧٨٦ هـ بكتاب سماه « العناية » ، ثم شرح « الهداية » الكمال ابن الهمام المتوفى عام ٨٦١ هـ فى كتاب سماه « فتح القدير » ، ثم جاء سَعْدى جَلَبى المتوفى عام ٩٤٥ هـ فكتب حاشية

(١) أنظر فى ذكر بعض فقهاء هذا الدور من المذاهب المختلفة الخضرى ص ٣٤٧ وما بعدها ؛ الحجوى فى مواضع مختلفة من جـ ٣ ابتداء من ص ٩٢ ، جـ ٤ ص ١٧ — ١٩٩ .

على الهداية والعناية معاً . وكل هـذه المراجع طُبعت معاً ، وتدرس حتى اليوم بالأزهر .

ومثل هذا الحظ كان حظ متن « الـكنز » ، لحافظ الدين الحنفى المتوفى عام ٧١٠ هـ . فقد ظفر بشرح مطوّل لفخر الدين الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣هـ ، وآخر مختصر للعَيْنى المتوفى حوالى عام ٨١٨ هـ ، وبحاشية للشلبى المتوفى عام ١٠٠٠ هـ ، علّق بها على شرح الزيلعى . وجميع هذه المؤلفات من مراجع الفقه الحنفى بالأزهر أيضاً .

وكتاب « الجامع الصغير » للإمام محمد بن الحسن المتوفى عام ١٨٩ هـ ، وصاحب الإمام أبى حنيفة : ظفر بشروح سبعة معتبرة[١] ، ويجد الدارس للفقه نقولا كثيرة من هذه الشروح ترد فى المراجع التى بأيدينا الآن .

٨٧ — وفى الفقه المالـكى نجد « مُدَوّنة » سحنون عبد السلام التنوخى المتوفى عام ٢٤٠ هـ تُختَصر مراراً عديدة جداً ، وأكثر هذه المختصرات تداولا هو مختصر أبى محمد عبد الله بن أبى زيد القَيْرَوانى المتوفى عام ٣٨٦ هـ . ثم تلاه أبو سعيد حلف المعروف بالبرادعى، وكان من أصحاب أبى زيد ، فاختصر مختصره ؛ ثم جاء أبو عمرو عثمان بن أبى بكر المعروف بابن الحاجب ، المتوفى عام ٦٤٦ هـ ، فاختصر تهذيب البرادعى ؛ ثم جاء خليل بن إسحاق الـكُرْدى المصرى المتوفى عام ٧٧٦ هـ على القول الصحيح ، واختصر مختصر ابن الحاجب فى مختصر كتب له الخلود حتى اليوم ، إذ هو من أشهر ما يُدْرس فى المعاهد الدينية من مُتون الفقه المالـكى .

فانظر أى اختصار حدث لمختصر ابن أبى زيد ! وأى إلغاز وركاكة فى التعبير يجب أن يكون عليه هذا المختصر الشهير لخليل[٢] وهذا المختصر كان من حظه أن تناوله كثير من فقهاء المالـكية بالشرح والتعليق ، وليس هنا موضع ذكر ذلك ،

---

(١) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٤٣ .

(٢) أنظرى الحجوى ، ج ٤ . ٢١٩ — ٢٢٠ . وقد نال أيضاً الـكثير من كتب الشافعية والحنابلة حظ الشرح والتعليق والاختصار ، ولا حاجة إلى ضرب الأمثال .

على أننا سنشير إلى بعض هذه الشروح فيما يأتى من البحوث بعد الفراغ من هذا المدخل إن شاء الله تعالى .

***

٨٨ — وأخيراً ، نحب أن نسجل هنا أنه نجمت فى هذه الأيام حركة مباركة تدعو بقوة إلى ترك التقليد الذى ران على العقول والصدور طوال تلك القرون ، وإلى فتح باب الاجتهاد لمن هو أهل له ، وهذه الحركة تتجاوب الدعوى لها هنا وهناك من بعض بلاد العالم الإسلامى .

ونعتقد أن أكبر الفضل فى ذلك يرجع إلى رجلين عظيمين يعتبران من أعيان الفقهاء العلماء هما : شيخ الإسلام أبو العباس تقى الدين ابن تيمية المتوفى عام ٧٢٨ هـ ، وتلميذه وناشر آرائه أبو عبد الله شمس الدين بن قيم الجوزية ، صاحب كتاب « إعلام الموقعين » وغيره من عيون المؤلفات ، المتوفى عام ٧٥١ هـ . فقد حمل كل منهما على التقليد وأهله حملات قوية صادقة[1] ، ودعوا فى قوة إلى الاجتهاد والرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله وهو ما كان عليه السلف الصالح رضوان الله عليهم .

ثم جاء من بعد هذين الإمامين ، مؤسس المذهب الوهابى ، الذى هو فى الحقيقة مذهب ابن تيمية ، أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب التميمى النجدى ، المتوفى عام ١٢٠٦ هـ ، وكان من حظه وحظ مذهبه ، أن أصهر إلى الأمير بن سعود النجدى ؛ ومن ثم ، وجد المذهب دعاة ينشرونه بالقوة ، حتى صار المذهب الرسمى فى أصول الدين وفروعه للمملكة العربية السعودية حتى هذه الأيام ، كما صار له أنصار يعملون على نشره خارج هذه المملكة أيضاً[2] .

(١) راجع مثلا إعلام الموقعين ، جـ ٢ : ١٣٥ — ٢٠٧ . وابن تيمية وتلميذه ابن القيم يعتبران من الحنابلة ، إلا أنهما لم يجمدا على مذهب ابن حنبل ، بل كانا مجتهدين يتبعان الدليل ولو أدى إلى خلاف المذهب .

(٢) ومما يدعو إلى العجب وللأسف معاً ، أن جمهرة هؤلاء الدعاة والأنصار جمعوا بين الجهل والتقليد لابن تيمية وحده ، مع أن هذا الإمام كان حرباً على التقليد والمقلدين ! وإنهم ليزعمون ، مع ذلك ، أنهم أنصار السنة الداعون للعمل بها وبالكتاب !

المذاهب الفقهية الهامة

٨٩ — قلنا ، فيما سبق ، إنه ظهرت مذاهب فقهية عديدة فى دور نضج الفقه وكماله وتدوينه ، والآن نذكر أنه يمكن حصر أهم هذه المذاهب هكذا :

١ — المذهب الحنفى
٢ — المذهب الشافعى
٣ — المذهب المالكى
٤ — المذهب الحنبلى
} وهى مذاهب أهل السنة

٥ — مذهب الزيدية
٦ — مذهب الإمامية
} وهما من مذاهب الشيعة

هذا إذا استثنينا المذهب الإباضى الذين يدين به بعض الخوارج فى جهات قليلة جداً من العالم الإسلامى .

١ـ المذهب الحنفى

صاحب المذهب :

٩٠ — هو الإمام الأعظم أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت بن زُوَطى التيمى الكوفى[1] . وكان جده مملوكا لبنى تيم الله بن ثعلبة ، فأعتق ، فصار ولاؤه لهم ، ولد عام ٨٠ ، ثم توفى عام ١٥٠ هـ .

وهو ، كما يقول مؤرخوه الكثيرون ، إمام أصحاب الرأى ، وفقيه أهل العراق ، أخذ علمه فى الحديث والفقه عن كثيرين من أعيان العلماء ، إلا أنه

---

(١) أصله من الكوفة ، إلا أن الخليفة المنصور العباسى استقدمه إلى بغداد ، حيث مات بها . تاريخ بغداد للخطيب ، ج ١٣ . ٣٢٤ ، وانظر فيما بعد ذلك ترجمته مطولة .

بصفة خاصة قد تفقه بحماد بن أبى سليمان ، الذى أخذ الفقه عن ابراهيم النخعى[١] .

وللإمام فى الفقه منزلة لم يصل إليها غيره من معاصريه من كبار الفقهاء ، بله من أتى بعدهم ، وهؤلاء المعاصرون هم : محمد بن عبد الرحمن ، بن أبى ليلى ، وكان قاضى الكوفة ، وتوفى عام ١٤٨هـ . وسفيان بن سعيد الثورى ، أحد أئمة الحديث ، وقد توفى عام ١٦١ هـ . وشريك بن عبد الله النخعى ، وقد ولى قضاء الكوفة للخليفة المهدى ، وتوفى عام ١٧٧ هـ ، بالكوفة .

و بلغ من سمو منزلة أبى حنيفة فى الفقه أن قال الإمام الشافعى : الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة . كما قال غيره ، موازنًا بينه و بين سفيان الثورى : « أبو حنيفة أفقه ، وسفيان أحفظ للحديث[٢] » وحين علم جريج بوفاته قال : « أى علم ذهب ! » و يذكر أبو عبيد أنه سمع الشافعى يقول : « من أراد أن يعرف الفقه فليلزم أباحنيفة وأصحابه ؛ فإن الناس كلهم عيال عليه فى الفقه[٣] » .

ومع أمانته فى الفقه لم تكن بضاعته فى الحديث مزجاة ، فقد كان ثَبْتًا فيما يروى من الحديث ، عالما به ، وفيه يذكر الخطيب البغدادى عن بعض من روى عنهم أنه قال : كان نعم الرجل نعمان ! ما كان أحفظه لكل حديث فيه فقه ، وأشد فحصه عنه ، وأعلمه بما فيه من الفقه ![٤] .

٩١ — ومن الطبيعى أن يكون بين أبى حنيفة و بين معاصريه من كبار رجال الحديث والفقه شىء من الوحشة . ومرجع ذلك لاختلاف نزعة أهل الحديث ، ونزعة أهل الرأى ، وهو إمامه ، أو للتنافس الذى يكون عادة بين المتعاصرين من

---

(١) انظر تذكرة الحفاظ للذهبى ، ج ١ : ١٥٩ ، تاريخ بغداد للخطيب ، ج ١٣ : ٣٣٣ — ٣٣٤ .

(٢) تذكرة الحفاظ ج ١ : ١٥٩ — ١٦٠ . وانظر موازنة أخرى بينهما يرويها الخطيب ، ج ١٣ : ٣٤٣ ، وفيها جاء : أن أبا حنيفة فقيه تام الفقه ، وسفيان رجل متفقه .

(٣) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٨ ، ٣٤٦ ، وانظر مفتاح السعادة ومصباح السيادة ، ج ٢ : ٧٠ .

(٤) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٩ .

العلماء . إلا أن مؤرخي هؤلاء الأعلام يحكمون دائماً بالفوق لأبي حنيفة ، وبخاصة إن كان الأمر أمر الرأى والاجتهاد .

وهنا يحدث ابن مقاتل أن ابن المبارك قال : « إن كان الأثر قد عرف واحتيج إلى الرأى ، فرأى مالك وسفيان وأبى حنيفة ، وأبو حنيفة أحسنهم وأدقهم فطنة ، وأغوصهم على الفقه ، وهو أفقه الثلاثة » . ولذلك يذكر ابن المبارك أيضاً : « إن كان أحد ينبغى له أن يقول برأيه ، فأبو حنيفة ينبغى له أن يقول برأيه »[١] .

٩٢ — وكما كان إماما فى الفقه ، كان فذا فى الورع والخوف من الله ، أو على الأقل ، كان ورعاً حقاً ، يخشى الله فيما يأتى ويذر . وقد تضافر مؤرخوه على ذلك نكاد لا نستثنى منهم أحداً[٢] . إلا أننا نخص بالذكر هنا الخطيب البغدادى الذى روى نقوداً لاذعة للإمام ملأ بها أكثر من خمسين صحيفة من كتابه الضخم المعروف : تاريخ بغداد ، حتى لقد استأهل أن يرد عليه فقيد العلم والإسلام المرحوم الشيخ زاهد الكوثرى ، فى كتابه الذى سماه : « تأنيب الخطيب على ما ساقه فى ترجمة أبى حنيفة من الأكاذيب » ، ونشره عزت العطار الحسينى .

يذكر الخطيب عن بعض رواته أنه قال : « ما رأيت أحداً أفقه من أبى حنيفة وما رأيت أحداً أورع من أبى حنيفة »[٣] كما يذكر عن الفُضيل بن عياض أنه قال : « كان أبو حنيفة رجلا فقيها معروفاً بالفقه ، مشهوراً بالورع ، واسع المال[٤] ، معروفاً بالإفضال على كل من يطيف به ، صبوراً على تعليم العلم بالليل والنهار ، حسن الليل ، كثير الصمت ، قليل الكلام ، حتى ترد مسألة فى حلال أو حرام ، فكان يحسن أن يدل على الحق ، هارباً من مال السلطان »[٥] .

---

(١) هذان النقلان عن الخطيب ، تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٣ .

(٢) أنظر مثلا تذكرة الحفاظ للذهبي ، ج ١ : ١٥٩ ، ١٦٠ ، ومفتاح السعادة ، ج ٢ : ٧٧ وما بعدها .

(٣) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٣٩ ، ٣٥٨ — ٣٥٩ .

(٤) كان ماله من تجارته ؛ إذ كان بزازاً يبيع الخز ، أنظر مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٦٩ ، تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ١٥٩ .

(٥) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

٩٣ — وبلغ من ورع أبي حنيفة، وامتناعه عن طلب الجاه والدنيا وزينتها؛ أن أراده على القضاء بالكوفة يزيد بن عمر بن هبيرة، عامل مروان بن محمد، على العراق زمن بنى أمية، فرفض، وكان أن ناله لذلك عذاب شديد، وحسبك أنه جلد بالسوط فى هذه السبيل، فما زاده هذا إلا امتناعا. كما حبس لذلك أيضاً فى زمن الدولة العباسية، حين أراده أبو جعفر المنصور على القضاء. فأبى أيضاً[1].

ونظن، مع المرحوم الشيخ الخضرى[2]، أن السبب الأول الحقيقى لهذه الفعلة من ابن هُبيرة، كان الرغبة فى امتحان الإمام ليتبين مقدار ولائه للدولة القائمة بالحكم، وبخاصة وقد كان من العلماء من يعرض عن مناصب الدولة، إذا لم يكن محبًّا لها، حتى لا يعتبر قبوله تأييداً لها، وقد كانت هناك فى ذلك العصر ثورات على الأمويين من طلاب الخلافة، وإلا فالصالحون للقضاء فى عصر أبى حنيفة كانوا كثيرين، ومنهم طبعاً من كان لا يرغب عنه. ولهذا نرى أبا جعفر المنصور، وهو يعرض على أبى حنيفة القضاء، ويرى منه الإباء، يسأله: «أترغب عما نحن فيه؟»[3].

مذهبه وأصوله:

٩٤ — عرف أبو حنيفة بأنه إمام القائلين فى الفقه بالرأى والقياس، وأنه من القائلين بالاستحسان، فربما ترك من أجله القياس، متى تبين له المصلحة فى ذلك. إلا أن ذهابه إلى القياس أو الاستحسان، كان بلا ريب، بعد الرجوع إلى القرآن والسنة الثابتة لديه، ولا يجد نصاً فيهما على حكم الله، ثم بعد ألا يجد فى المسألة موضوع البحث، حكما أو رأياً مجمعاً عليه من الفقهاء ومن لهم حق الإجماع.

---

(١) الخطيب، ج ١٣ : ٣٢٦ وما بعدها. الذهبى فى تذكرته، ج ١ : ١٦٠. مفتاح السعادة، ج ٢ : ٧٩ وما بعدها. وأين هذا من تهافتنا الآن، نحن رجال الدين، على التقرب لأصحاب السلطان وطلب المال ومتع هذه الحياة الدنيا!

(٢) تاريخ التشريع، ص ٢٣٠.

(٣) الخطيب، ج ١٣ : ٣٢٨.

وفى تقديمه العمل بالحديث على القياس نرى الخطيب يذكر أنه « كان إذا وردت عليه مسألة ، فيها حديث صحيح اتبعه ، وإن كان عن الصحابة والتابعين ، وإلا قاس وأحسن القياس »[1] . وفى هذا أيضاً يذكر أبو حنيفة نفسه فيما يروى عنه : عِلْمُنَا هذا رأى ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن قدر على غير ذلك ، فله ما رأى ، ولنا ما رأينا[2] » .

كما نقل عنه فى ذلك أيضاً أنه قال ، يوضح طريقته فى استنباط الأحكام الفقهية : « إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته ، فما لم أجد فيه ، أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والآثار الصحاح عنه ، التى فشت فى أيدى الثقات . فإذا لم أجد فى كتاب الله ، ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخذت بقول أصحابه مَن شئت ، وأدع قول من شئت ، ثم أخرج من قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب [يريد المجتهدين أمثاله] فلى أن أجتهد ، كما اجتهدوا[3] » .

ومن ذلك ، نعلم أن أصول الأحكام الفقهية هى فى مذهبه : الكتاب ، السنة ، الإجماع ، القياس ، والاستحسان . أما الكتاب والسنة فهما الأصلان المجمع عليهما من جميع الفقهاء ، وأما الأصول الأخرى فهى موضع الخلاف بينهم ، وقد أشرنا إلى ذلك الخلاف فيما مضى ، وستجىء له زيادة تفصيل فيما يأتى إن شاء الله تعالى .

تلامذته :

٩٥ — لم يؤثر عن أبى حنيفة صاحب المذهب أنه كتب كتاباً فى الفقه ،

---

(١) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

(٢) الملل والنحل للشهرستانى ، على هامش الفصل لابن حزم ، الطبعة الأولى بالقاهرة سنة ٤٧ — ١٣٤٨ هـ ج ٢ : ٣٩ .

(٣) أنظر تاريخ التشريع للخضرى ، ص ٢٣١ ، وفلسفة التشريع فى الإسلام للدكتور صبحى محمصانى ص ٣١ ، نقلا عن الانتقاء فى فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر ، طبعة القاهرة عام ١٣٥٠ ، ص ١٤٣ .

ولكن مذهبه خلد مع الزمن ، ولم يندثر كما اندثرت مذاهب كثير من الفقهاء الذين عاصرهم ، أو سبقوه فى الحياة[1] بفضل تلاميذه وأتباعه الأجلاء العديدين على مر القرون .

فبفضل هؤلاء الأتباع دونت كتب المذهب ، هذه الكتب التى حفظت آراء الإمام وأقواله وأصول المذهب ، وأكثرت عليها من التطبيقات والتفريعات ، لحوادث وقعت فعلا ، أو فرض وقوعها فيما يأتى من الزمان . وكان أشهر أولئك الأتباع والتلاميذ الذين جلسوا منه مجلس المتعلم من المعلم ، أربعة :

٩٦ — ١) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصارى الكوفى فقيه العراقين كما يلقبه الذهبى[2] . ولد عام ١١٣ هجرية بالكوفة ، ومال إلى الحديث ، فصار حافظاً ، ثم اتصل بأبى حنيفة ، ولزمه يطلب العلم عنه ، فغلب عليه الرأى ولفقره كان الإمام يتعاهده بالنفقة اللازمة من آن لآن ، حتى وصل إلى ما أراد من العلم والجلالة فى الفقه والقضاء ، وصار فى المنزلة الرفيعة لدى الرشيد ، فجعله قاضى القضاة ، وهو أول من دعى بذلك[3] ، وكانت وفاته عام ١٨٢ هـ

ولأبى يوسف الفضل الأكبر على المذهب ، فقد كان ظاهر الفضل بين أصحاب الإمام ، بل كان — كما يروى مؤرخوه — أفقه أهل عصره ، و « هو أول من وضع فى أصول الفقه على مذهب الإمام ، وأملى المسائل ، وبث علم الإمام فى أقطار الأرض[4] ومع هذا كله ، فقد كان الفقه أقل علومه .

ومع اتصاله بأبى حنيفة اتصال التلميذ بالأستاذ ، وأخذه الفقه عنه ؛ كان بلا شك ، مجتهداً ، فخالف إمامه فى مسائل أو مواضع ، كما يذكر ابن العماد[5] ،

---

(١) أمثال الليث بن سعد والأوزاعى وسفيان الثورى ، على ما سيجىء .
(٢) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٢٦٩ .
(٣) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠١ ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى ، ج ١ : ٢٩٨ ، ٣٠٠
(٤) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠٢ ، ١٠٥ ، شذرات الذهب ، ج ١ : ٣٠١ .
(٥) شذرات الذهب ، ج ١ : ٢٩٩ .

وكما يعرف الدارسون للمذهب ، المطلعون على آراء الإمام ، وآراء تلامذته وأتباعه ، ولهذا ، نعتقد أنه من تواضع التلميذ للشيخ الأكبر ما أثر عن أبي يوسف من أنه كان يقول : « ماقلت قولا خالفت فيه أبا حنيفة رحمه الله ، وإنما هو قول قاله ، ثم رغب عنه »(١) ، وقريب من هذا ما رواه الخطيب البغدادى : « ما خالفت أبا حنيفة فى شىء قط فتدبرته ، إلا رأيت مذهبه الذى ذهب إليه أنجى فى الآخرة »(٢) ، على أن هذه القولة تفيد أنه كان لأبي يوسف رأيه الخاص أحياناً فى بعض المسائل .

وأخيراً ، نذكر أن قاضي القضاة ، قال عند ما حضرته الوفاة : « كل ما أفتيت به فقد رجعت عنه ، إلا ما وافق الكتاب والسنة » ، وفى لفظ آخر : « إلا ما فى القرآن واجتمع عليه المسلمون »(٣) . ولا عجب أن يقول ذلك ، فقد كان كما ذكره الذهبي : أكثر أصحاب الرأى حديثاً وأثبتهم .

٩٧ — ب) محمد بن الحسن الشيبانى ، وقد ولد عام ١٣٢ هـ ، ونشأ بالكوفة ، ثم انتقل إلى بغداد حاضرة الدولة والعلم فى ذلك العصر . وتوفى عام ١٨٩ هـ بالرى ، وكان ذهب إليها مع الخليفة الرشيد ، وكانت وفاته مع أبي الحسن على بن حمزة الكسائى فى يوم واحد . وكان هذا شيخ القراءات والنحو ، فقال الرشيد فى ذلك : « دفنت العربية والفقه بالرى اليوم »(٤) .

لم يتصل محمد بن الحسن بالإمام أبي حنيفة كثيراً اتصالا مباشراً ؛ إذ كان لم يجاوز كثيراً طور الحداثة حين توفى الإمام . على أنه أفاد منه بلا شك طريقته فى الفقه ، ثم أتم اصطناعها عن أبي يوسف ، وأعانه على النبوغ ما فطر عليه

---

(١) مفتاح السعادة ، ج ٢ : ١٠٥ .

(٢) تاريخ بغداد ، ج ١٣ : ٣٤٠ .

(٣) أنظر الذهبي ، ج ١ : ٢٦٩ ، شذرات الذهب ، ج ١ : ٢٩٩ .

(٤) شذرات الذهب ، ج ١ : ٣٢١ .

من عقل ألمعى وفطنة عالية . و بلغ من نبوغه بين معاصريه أن صار مرجع أهل الرأى والقياس ، وأبو يوسف لا يزال حياً .

ولا عجب فى ذلك ، وقد عرفنا قولة الرشيد فيه حين مات ، وفيه أيضاً يقول ابن العماد الحنبلى ما نصه : « وكان من أذكياء العالم ، وقال أبو عبيد : ما رأيت أعلم بكتاب الله منه ، وقال الشافعي : لو أشاء أن أقول : نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن ، لقلت ؛ لفصاحته »[1] . ثم يقول الشافعى أيضاً ، بعد هذا الموضع بقليل : لقد كتبت عن محمد وَقْر بعير ؛ لأنه يحمل الكثير ، ولولاه ما انفتق لى من العلم ما انفتق[2] .

٩٨ — جـ) زفر بن الهزيل بن قيس الكوفى ، وقد عاش من عام ١١٠ — ١٥٨هـ[3] وقد كان من أصحاب الحديث فى أول أمره ، ثم غلب عليه الرأى لصلته بإمامه ، ومهر فى القياس ، حتى صار أقيس تلامذة أبى حنيفة وأصحابه .

وكان أبو الهذيل عابداً زاهداً ثقة مأمونا ، لم يدخل فى الدنيا ، ولم تنل منه ، بل أقبل على العلم طلباً وتعليما ونشراً له ، حتى توفى بالبصرة ، وليس فى بيته ما يُقوّم بثلاثة دراهم ؛ لأنه كان يقول : لا أخلف بعد موتى شيئاً أخاف عليه الحساب[4] .

٩٩ — د) الحسن بن زياد اللؤلؤى المتوفى عام ٢٠٤ هـ ، وقد تتلمذ أولا لأبى حنيفة نفسه ، ثم للصاحبين : أبى يوسف ومحمد من بعده ، إلا أن درجته

---

(١) شذرات الذهب ، جـ ١ : ٣٢٢ .

(٢) يذكر ابن النديم أنه قال : كتبت عن محمد وقر جمل كتبا ، أنظر الفهرست ص ٢٩٥ .

(٣) قدمنا ذكر الصاحبين عنه مع هذا ؛ لفضل أولهما فى نشر المذهب ، وفضل ثانيهما فى تدوينه ، كما سنعرف قريبا .

(٤) مفتاح السعادة ، جـ ٢ : ١١٤ ، وانظر كلمة قصيرة عنه فى شذرات الذهب ، جـ ١ : ٢٤٣ . وهنا نذكر أن كلمة « الصاحبين » تطلق فى كتب المذهب على : أبى يوسف ومحمد ، وكلمة « الشيخين » على : أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، وكلمة « الطرفين » على : أبى حنيفة ومحمد ، أما زفر فيذكر دائماً باسمه .

فى الفقه لم تبلغ مطلقاً درجة أحد من هؤلاء ، وإن كان ابن العماد الحنبلى يذكر عنه أنه كان « رأساً فى الفقه[1] » .

هؤلاء الأربعة هم أشهر أصحاب الإمام أبى حنيفة الذين أخذوا عنه العلم مباشرة وقد كان له تلاميذ آخرون ، لم يبلغوا شهرة أولئك الأربعة ، كما كان لتلاميذه أتباع وتلاميذ أيضاً ، وكان لكل منهم فضله فى القيام على المذهب ونشره ، وهكذا توالت أجيال التلامذة والأتباع ، حتى وصل المذهب إلينا على مانعرف الآن .

تدوين المذهب :

١٠٠ — محمد بن الحسن ، رضى الله عنه وأجزل ثوابه ، هو صاحب الفضل فى تدوين المذهب فى مؤلفات وصلت إلينا وتعتبر معينه وعموده الفقرى . وليس بأيدى الأحناف من كتب الأولين إلا هذه الكتب .

على أن صاحبه أبا يوسف هو أول من دوّن كتباً فى المذهب ، إلا أن الزمن لم يبق منها إلا كتابين :

ا) رسالته فى الخراج ، التى كتبها للخليفة الرشيد ، وهى رسالة قيمة جداً فى سياسة الدولة وإداراتها المالية ، وقد طبعت هذه الرسالة مستقلة بمصر مرتين .

ب) كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى ، وهو محمد بن عبد الرحمن ، المتوفى عام ١٤٨هـ ، وقد سبق ذكره بين معاصرى الإمام أبى حنيفة . وهذا الكتاب رواه الإمام الشافعى فى كتابه المسمى « الأم » وجعل عنوانه : هذا كتاب مااختلف فيه أبو حنيفه وابن أبى ليلى عن أبى يوسف رحمهم الله تعالى[2] . وفى هذا الكتاب نجد آراء أبى يوسف وآراء الشافعى ، فى المسائل المختلف فيها ، مع آراء أبى حنيفة وابن أبى ليلى فى كل منهما .

---

(١) شذرات الذهب ، جـ ٢ : ١٢ .

(٢) أنظر الجزء السابع ص ٨٧ - ١٥٠ ، من الطبعة الأميرية بالقاهرة عام ١٣٢٦ هـ . وانظر فى هذا الجزء أيضاً (ص ٣٠٣ — ٣٣٦) كتاب سير الأوزاعى ، ففيه أقوال كثيرة لأبى يوسف .

١٠١ — أما كتب أبي يوسف الأخرى فقد اندثرت بفعل الزمن ، و بسبب إهمال المسلمين في المحافظة على تراثهم العلمي المجيد ! ويتحدث ابن النديم عن مؤلفات أبي يوسف فيقول[١] :

« ولأبي يوسف من الكتب في الأصول والأمالي ، كتاب الصلاة ، كتاب الزكاة ، كتاب الصيام ، كتاب الفرائض ، كتاب البيوع ، كتاب الحدود ، كتاب الوكالة ، ، كتاب الوصايا ، كتاب الصيد والذبائح ، كتاب الغصب والاستبراء . ولأبي يوسف إملاء ، رواه بشر بن الوليد القاضي ، يحتوى على ستة وثلاثين كتابا مما فرعه أبو يوسف ، كتاب اختلاف الأمصار ، كتاب الرد على مالك بن أنس ، كتاب رسالته في الخراج إلى الرشيد ، كتاب الجوامع ، ألفه ليحيي بن خالد (البرمكي) ، يحتوى على أربعين كتابا ، ذكر فيه اختلاف الناس والرأى المأخوذ به » فأى ثروة علمية هذه التي ذهبت !

١٠٢ — بقي بعد ذلك أن نذكر كتب الإمام محمد ، التي هي المراجع الأصلية الأولى للفقه الحنفي ، والتي كما قلنا قد وصلت إلينا بحمد الله كاملة ، واشتغل بها الفقهاء الأحناف من بعدُ شرحاً وتعليقا . وهي على نوعين :

ا) ما نقله عنه الرواة الثقات ، وتسمى كتب « ظاهر الرواية » ، أو مسائل الأصول.

ب) ما لم يصل إلينا برواية الثقات ، فليس لها ما للأولى من الشهرة والقبول واطمئنان النفس ، وتسمى كتب أو مسائل النوادر .

وكتب ظاهر الرواية ستة ، وهي : المبسوط[٢] ، الجامع الكبير[٣] ، الجامع الصغير[٤] ، السير الكبير ، السير الصغير ، الزيادات . وهذه الكتب الستة نجدها مجموعة في كتاب « الكافي » ، بعد حذف المكرر من المسائل فيها ، لأبي الفضل

---

(١) الفهرست ، ص ٢٨٦ .
(٢) ويعرف بالأصل ، وهو أطول وأهم كتبه لدى الأحناف .
(٣) طبع بحيدر آباد بالهند .
(٤) مطبوع على هامش كتاب الخراج لأبي يوسف طبعة بولاق عام ١٣٠٢ .

المروزى المعروف بالحاكم الشهيد ، والمتوفى عام ٣٤٤ هـ . ثم جاء فى القرن الخامس شمس الأئمة محمد بن أحمد السَّرَخسى ، فشرح هذا الكتاب فى كتابه : المبسوط ، وهو فى ثلاثين جزءا ، فصار الكتاب بشرحه أهم الكتب الأصيلة فى مذهب الأحناف .

ومن كتب أو مسائل النوادر كتاب أمالى محمد فى الفقه ، أو الكَيْسانيات نسبة إلى راويها شعيب الكيسانى ، الرَّقيات ، وقد جمع فيه ماعرض له من المسائل وهو قاضى الرَّقة ، الهارونيات ، الجرجانيات ، المخارج فى الحيل[1] ، زيادة الزيادات نوادر محمد رواية ابن رستم .

١٠٣ — وللإمام محمد غير ماذكرنا كتاب الرد على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، وهو مجموعة من الأحاديث فى الفقه . ونجد الكتاب الأول فى الجزء السابع من كتاب « الأم » للشافعى ص ٢٧٧ — ٣٠٣ ، بعنوان : كتاب الرد على محمد ابن الحسن ، كما نجد الثانى مخطوطاً بدار الكتب المصرية رقم ٤٣ ، ١٠٤ م فقه حنفى[2] .

و بعد ما كتبه تلاميذ أبى حنيفة المباشرون ، يأتى ما كتبه تلاميذ هؤلاء ، ثم ما كتبه من جاء بعدهم من الطبقات الأخرى . وقد كان لنا من ذلك كله تراث علمى ضخم قيم ، من كتب الفقه والأصول والفتاوى والواقعات التى لم يرد فيها أقوال للأئمة السابقين ، فاجتهد فيها المتأخرون ، وهذا التراث هو ما نعتمد عليه حتى الآن. وقد نعرض لذكر شىء منه بعد حين .

---

(١) نشرة المستشرق الألمانى شخت ، بليبرج عام ١٩٣٠م .

(٢) يرجع إلى الفهرست لابن النديم لمعرفة تراث محمد بن الحسن فى الفقه ، ص ٢٨٧ — ٢٨٨ ، ولمعرفة تراث الحسن بن زياد اللؤلؤى ، ص ٢٨٨ .

٢ـ المذهب الشافعي

مؤسس المذهب :

١٠٤ — هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، وينتهي نسبه إلى هاشم ابن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، فهو قرشي مُطَّلِبيّ . ولد في غزه من بلاد الشام[1] عام ١٥٠ هـ ، وهو عام وفاة أبي حنيفة ، وما لبث أن حمل إلى مكة ، بعد فطامه ، حيث نشأ بها ، وتوفي بمصر عام ٢٠٤ وكان قد انتقل إليها من قبل ، وبها نشر مذهبه الجديد .

نشأ الإمام الشافعي إذن بمكة ، وحفظ القرآن وهو لم يجاوز السابعة ، أو التاسعة من عمره ، ثم أقبل على اللغة والشعر ومعرفة أيام العرب ، فبرع فيها كلها ، وشاء الله له أن يوجهه لطلب الحديث والفقه وتعمق القرآن ، فنال من ذلك غايته ، ولم يبلغ العشرين من حياته ؛ فيذكرون أنه حفظ موطأ مالك ، وهو ابن عشر ، وعرضه عليه[2] ، ثم أذن له في الفتوى شيخه في الفقه ، وهو مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حينذاك ، وهو ابن عشرين ، أو خمس عشرة سنة[3] .

وقديماً كانت الرحلة ، على ما فيها من مشاق ، سبيلا للقاء العلماء ، وكسب العلم ، والتبحر فيه ؛ ولذلك نجد الشافعي يرحل إلى بغداد عام ١٩٥ هـ فيقيم بها عامين ، وقبل ذلك اتهم بالتشيع ، فحمل إلى العراق أيام الرشيد عام ١٨٤ هـ للتحقيق معه ، وأمكنه أن يدفع التهمة عن نفسه ، فأطلقه الخليفة ، ووصله . وهناك بالعراق أفاد واستفاد ، وأخذ عن محمد بن الحسن بصفة خاصة ، أخذ عنه ما شاء الله من علمه ، وكتب عنه حمل بعير من الكتب ، كما ذكرنا من قبل في ترجمة الإمام محمد .

---

(١) وقيل ولد بعسقلان ، أو اليمن ، أو منى ، أقوال مختلفة . شذرات الذهب ، ج ٢ : ٩ .

(٢) أنظر مفتاح السعادة ، ج ٢ : ٨٩ — ٩٠ .

(٣) تذكرة الحفاظ ، ج ١ : ٣٢٩ ؛ شذرات الذهب ، ج ٢ : ٩ .

١٠٥ — وفى بغداد كتب المؤلفات التى حوت مذهبه القديم فى الفقه ، ثم عاد إلى مكة ، ليرحل إلى بغداد مرة أخرى عام ١٩٨ هـ ، ويقيم بها شهراً واحداً ، وأخيراً حطَّ رحاله بمصر عام ٢٠٠ هـ حيث أنشأ مذهبه الجديد وصنف فيه الكتب الخالدة التى رواها عنه تلاميذه ، ومن هذه المؤلفات « رسالته » فى أصول الفقه وكتاب « الأمّ » فى الفقه من كل نواحيه .

وبهذه « الرسالة » يعتبر الشافعى أول من كتب فى أصول الفقه ، لا نعرف فى ذلك مخالفاً ، كما هو أول من عنى بتقرير ناسخ الحديث من منسوخه ، وأول من ألف فى أبواب كثيرة معروفة من الفقه[1] .

١٠٦ — وقد بلغ الشافعى من المنزلة ، فى شخصه وأخلاقه وعلمه ، ما جعل طاش كبرى زاده يقول : « اتفق العلماء قاطبة من أهل الفقه والأصول والحديث ، واللغة والنحو وغير ذلك ، على أمانته وعدالته وزهده ، وورعه وتقواه وجوده ، وحسن سيرته وعلو قدره ، فالمطنب فى وصفه مقصر ، والمسهب فى مدحته مقتصر »[2] .

ومن ثم ، نجد عبد الله بن أحمد بن حنبل يقول لوالده : « أى رجل كان الشافعى ، فإنى رأيتك تكثر الدعاء له ؟ فقال لى : يابنى ! كان الشافعى كالشمس للنهار وكالعافية للناس ، فانظر هل لهذين من خلف أو عنهما من عِوض »[3] .

وكان الإمام ابن إدريس ، مع جلالته فى العلم ، مناظراً حسن المناظرة أميناً فيها ، طالباً للحق منها . وقد بلغ من ذلك أن أثرت عنه هذه الكلمة : ماناظرت أحداً قط إلا أحببت أن يوفق ويسدد ويعان ، وتكون عليه رعاية من الله وحفظه

---

(١) شذرات الذهب ، جـ ٢ : ١٠ ، عن حسن المحاضرة للسيوطى ؛ وانظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٣٦٠ ، حيث يؤكد أن الشافعى هو أول من كتب فى أصول الفقه .

(٢) مفتاح السعادة ، جـ ٢ : ٩٣ .

(٣) مفتاح السعادة ، جـ ٢ : ٩٠ .

وما ناظرت أحداً إلا ولم أبال بيّن الله الحق على لسانى أو لسانه[1] » وفى الحق، ليس كاللجاجة بين العلماء والرغبة فى نصر الرأى ولو بالباطل، مضيعة للحق الذى يجب أن يكون طلبة العلماء ! .

١٠٧ — ويتبين لنا تعمق الشافعى للقرآن، وبصره بالحجج والأدلة، وقوته فى الاستدلال، من هذه المناظرة بينه وبين فقيه خراسان إسحاق بن راهوية المتوفى عام ٢٣٨ هـ .

روى اسحاق هذا أنه كان بمكة هو وأحمد بن حنبل والشافعى؛ وكان لا يرى أن يجلس إليه ويترك الجلة من الفقهاء لقرب سنّه من سنّه، فحثه ابن حنبل مع ذلك على الذهاب إليه والانتفاع به . قال : فذهبت إليه وتناظرنا فى كراء بيوت أهل مكة[2] ، وكان الشافعى تساهل فى المناظرة وأنا بالغت فى التقرير . ولما فرغت من كلامى، وكان معى رجل من أهل مَرْو، فالتفت إليه وقلت له بالفارسية : هذا الرجل ليس له كمال . فعلم الشافعى أنى قلت فيه سوءاً، فقال لى : أتناظر ؟ قلت للمناظرة جئت . فقال الشافعى قال الله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم[3] » . فنسب الديار إلى مالكها أو إلى غير مالكها ؟ وقال النبى صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : « من أغلق بابه فهو آمن، ومن دخل دار أبى سفيان فهو آمن » ؛ فنسب الديار إلى أربابها أم إلى غير أربابها ؟ واشترى عمر بن الخطاب داراً للسجن من مالك أو من غير مالك ؟ وقال النبى صلى الله عليه وسلم : وهل ترك لنا عقيل من دار » ! قال اسحاق : الدليل على صحة قولى أن بعض التابعين قال به فقال الشافعى لبعض الحاضرين : من هذا ؟ فقيل إسحاق بن إبراهيم الحنظلى ؛ فقال الشافعى : أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيههم ؟ قال اسحاق : هكذا

---

(١) راجع مفتاح السعادة، ج ٢ : ٩١ ؛ شذرات الذهب، ج ٢ : ١٠ .

(٢) كان اسحق لا يرى هذا جائزاً لزعمه أن هذه البيوت ملك لجميع المسلمين، ويراه الشافعى جائزا .

(٣) سورة الحشر م، ٥٩ : ٨ .

يزعمون ؛ فقال : أقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأنت تقول : قال عطاء وطاووس والحسن وإبراهيم ، وهل لأحد مع رسول الله صلى عليه وسلم حجة ! فقال اسحاق : اقرأ : «سواء العاكف فيه والباد[١]» ؛ فقال الشافعي : هذا في المسجد [الحرام] خاصة[٢]

مذهبه وأصوله :

١٠٨ — أساس مذهب الشافعي وأصوله نجدها مدونة في « الرسالة » ، وتظهر لنا واضحة بالتطبيق في الفروع في كتابه « الأم » أيضاً[٣] .

فهو يرجع أولا إلى القرآن وماظهر له منه ، إلا إن قام لديه الدليل على وجوب صرفه عن ظاهره . ثم إلى سنة الرسول حتى خبر الواحد منها ، أي الحديث الذي ينفرد راو واحد بروايته ، إلا أنه يشترط لذلك أن يكون راويه ثقة في دينه ، معروفا بالصدق في حديثه ، حافظاً عالماً بما يحدث به ، بريئاً من التدليس في روايته ، ثم أن يكون الحديث متصلا بسنده إلى الرسول . فإذا اجتمعت في « خبر الواحد » هذه الشروط ، لم يطلب بعدها أن يكون الحديث مشهوراً كما شرط الأحناف ، أو يؤيده عمل أهل المدينة كما ذهب إليه مالك .

وبعد هذين الأصلين ، يجيء الإجماع إن لم يُعلم له مخالف ، ثم القياس بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنة ، فهو لا يسرف فيه كما يصنع أهل العراق أو الأحناف ولهذا رفض الأخذ بما يرونه من الاستحسان[٤] .

ولعل الذي جعل الشافعي يأخذ بالحديث أكثر من أبي حنيفة حتى ليقبل منه خبر الواحد إذا توافرت فيه الشروط التي اشترطها ، أنه كان « حافظاً للحديث بصيراً

---

(١) سورة الحج م ٢٢ : ٢٥ .
(٢) طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ، ج ١ : ٢٣٦ .
(٣) الرسالة ، على هامش الجزء الأول من الأم ، ج ١ : ٥٢ ، وانظر أيضا ص ٥٥ وما بعدها .
(٤) أنظر الرسالة ، ص ٦٩ وما بعدها .

بعله لا يقبل منه إلا ماثبت عنده[1] » فربما صح عنده من الأحاديث مالم يصح عند أبى حنيفة وأصحابه ، وإلا فالجميع يرون الأخذ بالحديث متى ثبت صحته . ونعتقد أن هذه القولة التى أثرت عنه : « إذا صح الحديث فاضربوا بقولى الحائط[2] » يقولها الإمام أبو حنيفة والأئمة الآخرون أيضاً .

تدوين المذهب :

١٠٩ — أتيح للشافعى ، مالم يتح لغيره من الأئمة الكبار ، من تدوين مذهبه ونشره فى كتب كتبها بنفسه ، سواء فى ذلك مذهبه القديم بالعراق والجديد بمصر ، وذلك بفضل ما قام به من رحلات علمية فى البلاد المختلفة . وأهم هذه الكتب هى[3] :

ا) « الرسالة » فى أصول الفقه ، وقد طبعت مع الجزء الأول من كتاب « الأم » عام ١٣٢١ هـ . بالمطبعة الأميرية ، وقام بعد ذلك الأخ العلامة الأستاذ الشيخ أحمد شاكر بنشرها مستقلة مع تعليقات كثيرة قيمة ، بمطبعة الحلبى بالقاهرة عام ١٣٥٧ هـ .

ب) كتاب « الأم » وهو الكتاب الفذّ فى زمنه ؛ من ناحية الأسلوب ، ودقة التعبير ، وعرض آراء العلماء المخالفين له ، وقوة المناظرة معهم ، فهو لذلك يمثل خير تمثيل حياة الفقه والفقهاء فى عصره .

١١٠ — وهذا الكتاب مع الشك الضعيف الذى قام فى نسبته إلى الشافعى[4] يشمل أبواب الفقه كلها ، وقد ألحق به كثير من الكتب الأخرى التى كتبها الإمام نفسه ، ومن هذه الكتب ، وهى لا تعدو أن تكون رسائل لطيفة ، كتاب

---

(١) تذكرة الحفاظ ، جـ ١ : ٣٣٠ .
(٢) المصدر نفسه ، ص ٣٣٠ أيضاً .
(٣) انظر ، لمعرفة سائر كتب الشافعى ، الفهرست لابن النديم ص ٢٩٥ — ٢٩٦ .
(٤) انظر مثلا إحياء علوم الدين للغزالى ، حـ ٢ : ١٦٦ المطبعة العثمانية بمصر عام ١٩٣٣

« جماع العلم »[1] وهو انتصار للسنة والعمل بها ؛ وكتاب « إبطال الاستحسان » الذى رد به على فقهاء الأحناف ؛ كتاب « اختلاف مالك والشافعى » فيما يتصل بالسنه ؛ كتاب « الرد على محمد ابن الحسن » صاحب أبى حنيفة ، وقد أشرنا إلى هذا الكتاب من قبل ، إلى غير ذلك كله من الكتب الأخرى التى ألحقت بالجزء السابع من طبعة مصر[2] كما قد طبع بعضها مستقلا فى مصر وغيرها .

١١١ — على أنه مهما قلنا إن الإمام هو الذى دَوَّن مذهبه وقام على نشره فى البلاد التى ارتحل إليها أو اتخذها وطناً له ، فما ينبغى لنا أن ننسى فضل تلاميذه الذين أخذوا عنه مشافهة ، والطبقات الأخرى من الأتباع الذين عملوا جهدهم على تأييد المذهب وتعميم نشره .

وهؤلاء التلاميذ والأتباع لا يحصون كثرة ، بالحجاز والعراق ومصر وغيرها من البلاد الإسلامية ، ولكن نخص بالذكر هنا ثلاثة من التلاميذ المصريين[3] الذين جالسوه وأخذوا عنه مذهبه بعد أن تم نضجه و بلغ كماله ومنهم من كان الراوية الذى روى لنا الرسالة والأم نفسيهما ، وهؤلاء الثلاثة هم :

١ — يوسف بن يحيى البُوَيْطى ، أكبر الأصحاب المصريين ، وهو الذى قيل أنه صنف كتاب « الأم » الذى أظهره الربيع بن سليمان الآتى ذكره بعد تعديلات فيه ، وقد توفى عام ٢٣١ هـ . وهو مسجون ببغداد بسبب فتنة القول بخلق القرآن التى آثارها الخليفة المأمون .

٢ — أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى ، وفيه يقول الشافعى نفسه :

---

(١) نشره مستقلا صديقنا الأستاذ الشيخ احمد محمد شاكر ، عام ١٩٤٠ م ، بمطبعة دار المعارف
(٢) بدىء فى هذه الطبعة الأميرية عام ١٣٢١ ، وانتهت عام ١٣٢٦ هـ .
(٣) أما أصحابه العراقيون ، فمن أشهرهم أبو ثور ابراهيم بن خالد بن اليمان الكلبى البغدادى المتوفى عام ٢٤٠ أو عام ٢٤٦ هـ كما يذكر ابن خلكان ؛ الحسن بن محمد بن الصباح الزعفرانى ، وهو أوثق رواة مذهبه القديم ، وتوفى عام ٢٦٠ هـ ، أبو على الحسين ابن على الكرابيسى ، وكان أحفظ الأصحاب للمذهب ، وتوفى عام ٢٤٥ هـ .

« المزنى ناصر مذهبى » ، كما قال فيه أبو اسحاق الشيرازى : « كان زاهدا عالما ، مجتهدا مناظرا محجاجا ، غواصاً على المعانى الدقيقة[١] » . وقد أخذ عنه عدد كثير من علماء خراسان والعراق والشام ، وتوفى عام ٢٦٤ هـ .

٣ — الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادى ، كان مؤذناً بجامع عمرو ، واتصل بالشافعى حتى صار راوية كتبه والثقة الثبت فيما يرويه عنه ، وعن طريقه وصل إلينا الرسالة والأم وغيرهما من كتب الإمام . وبلغ من ثقة الأصحاب بما يرويه عن الإمام ، أنهم يقدمون روايته على رواية المزنى إن تعارضا ، « مع علوّ قدر أبى إبراهيم [المزنى] علماً وديناً وجلالة وموافقة ما رواه للقواعد[٢] » ، وقد توفى عام ٢٧٠ هـ .

ونحن ندين بمعرفة مذهب الشافعى ، إلى هؤلاء التلاميذ وأصحابهم ، وإلى من تلاهم من الطبقات الأخرى التى توالت على مرور الأيام . فقد أضاف كل منهم إلى صرح المذهب لبنات كثيرة ، وصار لنا من ذلك كله تراث ضخم يملأ المكتبات فى العالم الإسلامى ويحتاج إلى من يعمل على نشره والإفادة منه .

٧- المذهب المالكى

مؤسسه :

١١٢ — هو مالك بن أنس بن أبى عامر ، فقيه الحجاز وسيدها فى وقته بالعلم ، بل فقيه الأمة كما يذكر شمس الدين الحافظ الذهبى[٣] ، وقد حدث عنه أمم لا يكادون يُحْصَون[٤] ، ومع هذا لم يجلس للفتوى حتى شهد له سبعون من جلّة العلماء أنه أهل

(١) النقلان عن طبقات الشافعية الكبرى ، حـ ١ : ٢٣٨ .

(٢) المصدر نفسه ، حـ ١ : ٢٥٩ .

(٣) تذكرة الحفاظ ، حـ ١ : ١٩٣ ؛ وانظر الفهرست لابن النديم ، ص ٢٨٠ — ٢٨١ وأيضاً مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ٨٤ .

(٤) وممن أخذ عنه العلم الإمام الشافعى .

لذلك كما قال هو نفسه[1] . واستمر عمره الطويل ملازماً لمدينة الرسول ، جليلا مَهيباً ، حتى توفى عام ١٧٩ هـ فى زمن الخليفة هارون الرشيد .

وكانت منزلته فى الحديث والفقه من الرفعة بالدرجة التى يقول عنه الإمام الشافعى : « إذا ذكر العلماء ، فمالك النجم ، وما أحد أمنّ علىّ من مالك[2] » . ومن ثم ، رحل إليه للأخذ عنه كثير من العلماء والفقهاء من المشارقة المصريين والمغاربة وغيرهم ، وسيأتى ذكر بعضهم بعد حين عند الحديث عن مذهبه ورواته وناشريه.

١١٣ — وكان يجل العلم والعلماء فوق إجلاله لغيرهم من أصحاب الجاه والسلطان ، ويعمل على نشر ما آتاه الله من العلم بين العامة والخاصة على سواء لديه فى مجلسه ، فلا ينتقل لأصحاب السلطان كعلماء هذا الزمان !

وفى ذلك ، نجد طاش كبرى زاده يقول : بعث هارون إلى مالك يستحضر مجلسه ليسمع منه إبناه الأمين والمأمون ، فقال له : يا أبا عبد الله ! ينبغى أن تختلف إلينا حتى يسمع صبْيانُنا منك المُوَطَّأ ؛ قال ، قلت : أعز الله أمير المؤمنين ! إن هذا العلم منكم خرج ، فإن أنتم أعززتموه يعزّ ، وإن أذللتموه ذلّ ، والعلم يؤتَى ولا يأتى ؛ فقال صدقت ، اخرجا إلى المسجد حتى تسمعا مع الناس ؛ قال مالك : بشريطة ألا يتخطَّيا رقاب الناس ، ويجلسا حيث ينتهى بهم المجلس ؛ فحضراه بهذا الشرط[3] » ! وكذلك فعل حين حج الرشيد نفسه ، إذ لما صار إلى المدينة أرسل إليه ليحمل إليه كتابه الآنف الذكر ، فرفض الذهاب إليه ، فما كان من الخليفة إلا أن قال :

« والله لا نسمع إلا فى بيتك[4] » .

---

(١) الذهبى ، حـ ١ : ١٩٤

(٢) مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ٨٦

(٣) مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ٨٦

(٤) مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ٨٦ ، واقرأ هذا الحادث مطولا ، فى شذرات الذهب ، حـ ١ : ٢٩٠ — ٢٩١ .

١١٤ — وهكذا ، نجد الإمام مالك بن أنس قوى الإيمان بالله فلا يخاف صاحب سلطان و إن كان الخليفة ، جريئاً يصدع بما يرى وإن أغضب ذوى النفوذ والسلطان و يصبر صبراً جميلا على ما يناله من الأذى فى هذه السبيل .

وقد أوذى بالفعل أذى شديداً حتى ضربه جعفر بن سليمان والى المدينة بالسياط لما نُسب إليه من أن البيعة لا تصح مع الإكراه ، ومعنى هذا أن بيعة بنى العباس باطلة . ويرى بعض المؤرخين أن سبب هذه المحنة هو إفتاؤه بتحريم زواج «المتعة» ، على خلاف ما كان يرى عبد الله بن عباس جد الخلفاء العباسيين[1] ، ولعل السبب هو جماع الأمرين معا .

١١٥ — وكتابه : « الموطأ » هذا ، كتاب جليل فى الحديث والفقه ، ولعله أول كتاب من نوعه وفى طريقته وأسلوبه ، جمع فيه ما قوى عنده من حديث أهل الحجاز وأضاف إليه أقوال الصحابة وفتاوى التابعين ، ثم رتبه بعد ذلك كله على أبواب الفقه المعروفة ، وقد عمل فيه تأليفاً وتهذيباً نحو أربعين عاما ، وقد لقى ثواب ما أنفق من جهد فى تلقى علماء البلاد الإسلامية له بالقبول . وسماه « بالموطأ » لأنه وطَّأ ومهّد به للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه ، أو لأن العلماء المعاصرين له بالمدينة واطئوه ووافقوه عليه[2] .

وللإمام كتب وتآليف أخرى ذكرها من أرّخوا له[3] ، إلا أنه لم يبق منها بأيدينا إلا هذا الكتاب النفيس القيّم الذى طبع مراراً بالهند ومصر وغيرهما من البلاد الإسلامية .

١١٦ — ولجلالة هذا الكتاب فى الحديث والفقه ، أراد غير واحد من الخلفاء

---

(١) راجع الفهرست ، ص ٢٨٠ ؛ شذرات الذهب ، حـ ١ : ٢٩٠ ؛ والإمامة والسياسة لابن قتيبة ، حـ ٢ : ١٥٦ ، نشر مصطفى محمد بالقاهرة ، الديباج المذهب ، ص ٢٨ .

(٢) ذكر هذا حاجى خليفة فى كتابه : كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون .

(٣) انظر ، مثلا ، الديباج المذهب لابن فرحون ، ص ٢٧ .

حمل الناس عليه ليكون مرجعاً وإماماً لهم فى هذا الباب ؛ أراد ذلك المنصور ثم المهدى ثم الرشيد ، إلا أن الإمام رفض ذلك بحق[1] .

وكان من أمره مع الرشيد ، أنه لما أراد الرشيد الشخوص إلى العراق ، قال لمالك : ينبغى أن تخرج معى ، فإنى عزمت أن أحمل الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن[2] ، فقال : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ؛ لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم افترقوا بعده فى الأمصار فحدّثوا ، فعند أهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اختلاف أمتى رحمة . وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : سيخرجون بعدى من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون ، وقال : « المدينة تنفى خَبَثها[3] » . ونعتقد بحق أن إمام دار الهجرة كان موفقاً من الله حين لم يستمع إلى ما أراده أولئك الخلفاء .

المذهب وأصوله :

١١٧ — لعل من أفضل ما يجمع أصول الأدلة التى ذهب إليها وأقام عليها مذهبه ، هو ما ذكر القاضى أبو الفضل عياض بن موسى فى كتابه « المدارك » ، ونحن نبدأ بنقل هذا النص على طوله قليلا .

إنه يرى أن أصول الأدلة ومداركها ، لها فيما بينها ترتيب يوجبه العقل و يشهد له الشرع . وذلك أنه يجب أولاً « تقديم كتاب الله عزّ وجل على ترتيب أدلته فى الوضوح ، من تقديم نصوصه ، ثم ظواهره ، ثم مفهوماته ، ثم كذلك السُّنة على ترتيب متواترها ومشهورها وآحادها ، ثم ترتيب نصوصها وظواهرها ومفهومها ، ثم الإجماع ، عند عدم الكتاب ومتواتر السُّنة . وعند عدم هذه الأصول كلها ، القياس

---

(١) راجع الديباج المذهب ، ص ٢٥

(٢) يريد طبعاً ، المصحف الإمام الذى اختاره الخليفة الثالث من بين المصاحف الأخرى .

(٣) مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ٨٧ ، وفى بعض الروايات ، أن المنصور أو الرشيد أراد تعليق هذا الكتاب بالكعبة ، وتوزيعه فى الآفاق ، وحمل الناس عليه ، حسما لمادة الخلاف .

عليها ، والاستنباط منها ؛ إذ كتاب الله مقطوع به ، وكذلك متواتر السُّنة ، وكذلك النص مقطوع به ، فوجب تقديم ذلك كله ، ثم الظواهر ثم المفهوم لدخول الاحتمال فى معناها ، ثم أخبار الآحاد عند عدم الكتاب والمتواتر منها ، وهى مقدمة على القياس ؛ لإجماع الصحابة على الفصلين[1] ، وتركهم نظر أنفسهم متى بلغهم خبر الثقة ، وامتثالهم مقتضاه دون خلاف منهم فى ذلك . ثم القياس أحرى عند عدم الأصول [أى المتقدمة] ، على ما مضى عليه عمل الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم من السلف المرضيين .

و« أنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة ومأخذهم فى الفقه ، واجتهادهم فى الشرع ، وجدت مالكاً رحمه الله ناهجاً فى هذه الأصول مناهجها ، مرتباً لها مراتبها ومداركها ، مقدماً كتاب الله عزَّ وجل على الآثار ، ثم مقدماً لها على القياس والاعتبار ، تاركا منها ما لم يتحمله الثقات العارفون بما يحملونه أو يحمَّلونه أو ماوجد الجمهور والجمّ الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه . ثم كان من وقوفه فى المشكلات ، وتحرّيه عن الكلام فى المُغْوِصات ، ما سلك به سبيل السلف الصالح ، وكان يرجّح الاتباع و يكره الابتداع والخروج عن سُنن الماضين[2] .

١١٨ — من هذه الكلمة الجامعة ، نعلم أن الإمام مالك بن أنس يرجع فى فتاويه أوّلاً إلى القرآن ، ثم إلى السُّنة ، و بعد هذين يجىء الإجماع والقياس ، إلا أنه لايجعل للقياس الخطر والقيمة التى يجعلها له الأحناف ، وفى مقابل ذلك يجعل لعمل أهل المدينة — دار العلم وموطن الحديث حينذاك — أهمِّيَّة كبرى ، حتى أنه رُبما لايعمل بالحديث الذى لايؤيده عمل أولئك .

وكذلك يقول بأصل أو دليل سماه المصالح المرسلة . ومعنى هذا المصالح التى أطلقت عن نص من الشارع يوجب أو لايوجب اعتبارها ، وكانت مصالح حقيقية للفرد أو الأمة .

---

(١) لعل الأصح : الأصلين .
(٢) الديباج المذهب ، ص ١٦

وهنا نشير إلى ما سبق أن ذكرناه فى تاريخ الفقه أيام الصحابة ، من أن عثمان وعمر وغيرهما من الصحابة قد ذهبوا إلى آراء وأحكام رُبما لانجد دليلاً لها إلا هذا الأصل ؛ مثل رأى عثمان فى عدم جواز التقاط ضوالّ الإبل ، وجعل ذلك لعامل من قبل بيت المال يحفظها لربها إن جاء ، وإلا تكون للمسلمين عامة ؛ ورأى عمر فى عدم قسمة أرض السواد بالعراق وغيرها بين الغانمين ، ووضع الخراج عليها والجزية على أهلها للمسلمين عامة فى كل زمان .

رواة المذهب :

١١٩ — قلنا إنه ارتحل إلى مالك خلق كثير من الناس ، وبخاصّة وقد اتخذ مدينة الرسول مقاماً له طوال حياته ، ومن هؤلاء فريق من المشارقة المصريين ، وآخرون من بلاد أفريقية الشمالية والأندلس ، وكان من أشهر الأوّلين .

١٢٠ — ١) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العُتقى المتوفى بمصر عام ١٩١ هـ تفقّه على مالك وطالت صحبته له ، وإن أخذ عن غيره كالليث بن سعد فقيه مصر ، وروى عنه غيره من الفقهاء مثل أصْبَغ بن الفَرَج الآتى ذكره . ويذكره ابن خلكان فيقول : « جمع بين الزهد والعلم وتفقّه بالإمام مالك ونظرائه ، وصحب مالكا عشرين سنة . . وهو صاحب المدوَّنة فى مذهبهم وهى من أجل كتبهم ، وعنه أخذ سحنون[١] » .

وبلغ من قدره لدى الإمام ، أن قال عنه وقد ذكر له : « عافاه الله ، مثله كمثل جراب مملوء مِسكاً »[٢] ، كما قال عنه ، وقد سئل عنهُ وعن ابن وهب زميله فى الأخذ عن مالك : « ابن وهب عالم ، وابن القاسم فقيه » .

ويذكر النَّسائى أنه ليس أحد من أصحاب مالك مثله[٣] . ولا عجب فى هذا فقد انفرد بالإمام على حين شغل سواه بغيره ، فكان كما يقول يحيى بن يحيى أعلم الأصحاب بعلم مالك وآمنهم عليه .

(١) وفيات الأعيان جـ ١ : ٣٩٠

(٢) الديباج ، ص ١٤٦

(٣) المصدر نفسه ، ص ١٤٧ ، وابن خلكان ، ص ١ : ٣٥٢

١٢١ — ٢) أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ، معاصر سابقه ، والمتوفى عام ١٩٧ أو ١٩٩ هـ . أخذ الفقه عن شيوخ زمنه ، وبخاصة الليث بن سعد ومالك نفسه الذى دامت صحبته له زمناً طويلا ، وله من الأحاديث ما رواها أصحاب الكتب الصحاح الستة جميعاً .

وقد أصاب منزلة رفيعة لدى مالك حتى كان يلقبه ، إذا كتب إليه ، بفقيه مصر وبالمفتى ، ولم يفعل ذلك لغيره[1] . ويصفه أحمد بن حنبل بأنه عالم صالح فقيه ، كثير العلم ، صحيح الحديث ، ثقة صدوق . وبلغ من صلاحه وورعه وخوفه الله تعالى أن الخليفة كتب إليه فى قضاء مصر ، فاختفى ولزم بيته ، وحدث أن رآه بعضهم فقال له : ألا تخرج إلى الناس فتقضى بينهم بكتاب الله وسُنة رسوله ؟ فرفع إليه رأسه وقال : إلى هنا انتهى عقلك ! أما علمت أن العلماء يحشرون مع الأنبياء ، وأن القضاة يحشرون مع السلاطين ! [2]

١٢٢ — ٣) أشهب بن عبد العزيز القيسى المتوفى عام ٢٠٤ هـ . روى عن كثيرين ومنهم مالك والليث بن سعد ، وأخذ الفقه عن مالك وغيره من فقهاء المدينة ومصر ، وإليه انتهت الرياسة بمصر بعد ابن القاسم العتقى المذكور آنفاً .

وفيه يقول الشافعى : ما رأيت أفقه من أشهب . وفى عبارة أخرى : ما نظرت أحداً من المصريين مثله[3] ، وهذه العبارة تخصص الأولى إذ تجعل المفاضلة فى رأى الشافعى بين المصريين لا بين الفقهاء بإطلاق . وقد سُئل سَحْنون عن ابن القاسم وأشهب ، أيهما أفقه ؟ فقال : كانا كفرسى رهان ، وربُما وُفّق هذا وخذل هذا وربُما خُذل هذا ووُفق هذا [4]

---

(١) الديباج المذهب ، ص ١٣٢ ، وابن خلكان ، حـ ١ : ٣٥٢

(٢) ابن خلكان ، حـ ١ : ٣٥٢ ، الديباج ، ص ١٣٣

(٣) ابن خلكان ، حـ ١ : ١٠٩ ، ١١٠ ، وراجع أيضاً ابن فرحون ، ص ٩٩

(٤) الديباج ، ص ٩٩

١٢٤ — ٤) أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصرى المتوفى عام ٢١٤ هـ ، أعلم أصحاب مالك بمختلف أقواله ، وإليه صارت رياسة المالكية بعد أشهب ، وروى عن الإمام كتابه « الموطأ » سماعاً[١] ، كما سمع عن غيره ؛ أمثال الليث بن سعد الفهمى شيخ الديار المصرية وعالمها المتوفى عام ١٧٥ هـ ، والقاضى عبد الله بن لهيعة المتوفى عام ١٧٤ هـ ، وسفيان بن عيينة[٢] وغيرهم . ولما جاء الإمام الشافعى مصر نزل عليه إذ كان ذا جاه ومال عظيم ، وصار صديقه ، وأخذ عنه علماً كثيرا ، حتى « كتب كتبه لنفسه وابنه ، وضم ابنه محمداً [الآتى ذكره] إليه[٣] » .

١٢٥ — ٥) أصْبَغ بن الفرج الأموى ولاء ، المتوفى عام ٢٢٥ أو ٢٢٦ هـ ، كما يذكر ابن خلكان ، وقد تفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب الذين سبق التحدث عنهم وصار عَلَماً فيه[٤] . وكان ، فى رأى البعض ، من أعلم خلق الله بمذهب مالك ومسائله ، ولم تخرج مصر مثله فى الفقه فى رأى عبد الله بن الماجشون[٥] .

١٢٦ — ٦) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم المتوفى عام ٢٦٨ . أخذ العلم والفقه عن أبيه ومن عاصره من الفقهاء الذين سبق ذكرهم ، كما أخذ الكثير عن الشافعى على ما أشرنا إليه عند الحديث عن أبيه ، وانتهى إلى أن صار علماً من أعلام الفقهاء المبرزين حتى كانت إليه الرياسة والفُتيا بمصر ، والرحلة من بلاد المغرب والأندلس[٦] .

ولطول صحبته للشافعى واختلافه إلى مجالسه وأخذه عنه ، صار من الراسخين

---

(١) ابن خلكان حـ ١ : ٣٥٢ ؛ شذرات الذهب ، حـ ٢ : ٣٤ .
(٢) أحد الأعلام فى السنة والتفسير ، ونزيل مكة ، توفى عام ١٩٨ هـ . شذرات الذهب ، حـ ١ : ٣٥٤ .
(٣) الديباج ، ص ١٣٤
(٤) ابن خلكان ، حـ ١ : ١١٠
(٥) الديباج ، ص ٩٧ ؛ ابن خلكان ، حـ ١ : ١١٠
(٦) انظر ابن خلكان ، حـ ١ : ٦٥١ — ٦٥٢ ؛ الديباج ، ص ٢٣١

فى مذهبه ، حتى « ربما تخيَّر قوله عند ظهور الحجة له » . وله تآليف كثيرة فى فنون العلم والرد على المخالفين ؛ منها ما رد به على الشافعى ، وما رد به على أهل العراق[1] ، فهو إذاً — كأمثاله من فقهاء العصر — كان له نظره واجتهاده وترجيحه .

١٢٧ — ٧) محمد بن إبرهيم الاسكندرى بن زياد المعروف بابن المَوَّاز ، والمتوفى عام ٢٦٩ هـ . أخذ الفقه عن علماء عصره ، حتى صار راسخاً فى الفقه والفُتيا ، وله كتابه المشهور « بالمَوَّازية » ، وهو — فى رأى ابن فَرْحون — أجل كتاب ألفه المالكيون ، وأصحه مسائل ، وأبسطه كلاماً وأوعبه[2] » ، وقد قصد فيه إلى بناء فروع المذهب على أصوله .

١٢٨ — هؤلاء هم مشاهير رواة مذهب مالك وناشريه بمصر ، وهناك آخرون قاموا بهذا المُهِمِّ فى بلاد إفريقية الشمالية والأندلس وصقلية ، ونحن نذكر منهم :

١) أبو الحسن على بن زياد التونسى المتوفى عام ١٨٣ هـ . أخذ عن مالك والليث بن سعد وأضرابهما ، وكان عديم النظير فى زمنه بإفريقية .

٢) أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن القرطبى المتوفى عام ١٩٣ هـ ، ويلقب بشَبْطون ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ، وهو أول من أدخله الأندلس .

٣) عيسى بن دينار القرطبى الأندلسى المتوفى عام ٢١٢ هـ ، وكان لا يتقدم عليه أحد فى وقته فى قرطبة العاصمة ، حتى كان يعتبر فقيه الأندلس .

٤) أسد بن الفرات من أهل تونس ، وإن كان أصله من نيسابور ، المتوفى عام ٢١٣ هـ شهيداً بسرقوسة ، إذ كان أمير الجيش الذى ذهب لغزو صقلية . وقد سمع من مالك موطأه ، ثم سار إلى العراق حيث لقى أصحاب أبى حنيفة ، فأخذ عنهم ، كما أخذ عنه أبو يوسف موطأ مالك[3] . وهكذا ، كان أسدٌ عالماً فقيهاً ، ومجاهداً يقود الجيوش حتى جاد بنفسه فى هذه السبيل ، رضى الله عنه وأرضاه .

---

(١) الديباج ، ص ٢٣٢

(٢) الديباج ، ص ٢٣٣

(٣) الديباج المذهب ، ص ٩٨ .

٥) يحيى بن يحيى بن كثير الليثى المتوفى عام ٢٣٤ ، وهو أندلسى قرطبى ، وأحد الذين انتهت إليهم الرياسة فى العلم بالأندلس ، و بسببه انتشر المذهب المالكى بها .

٦) عبد الملك بن حبيب بن سليمان السُّلمى المتوفى عام ٢٣٨ . كان أحد المفتين الرسميين ، ثم انفرد بالرياسة بعد وفاة يحيى الآنف الذكر .

٧) سَحْنُون عبد السلام بن سعيد التَّنُوخى المتوفى عام ٢٤٠ هـ . تفقه أولاً بالقَيْرُوان من أعمال تونس ، ثم كانت له رحلات إلى مصر والمدينة لقى فيها علماء القطرين وأخذ عنهم . وكان حافظاً للعلم حتى كأن العلم فى صدره سورة من القرآن ! ولم يكن بينه و بين مالك أفقه منه على ما يذكر بعضهم ؛ إذ كان فقيه أهل زمانه ، وشيخ عصره ، وعالم وقته » . وهو صاحب « المدونة » فى مذهب مالك التى يعتمد عليها المالكية[1] .

١٢٩ — هذا ، وهناك غير هؤلاء وأولئك علماء وفقهاء آخرون نشروا مذهب مالك وقاموا عليه بالمشرق ، غير مصر ، كالحجاز والعراق ، وأشهرهم :

١) أبو مروان عبد الملك بن أبى سَلَمَة الماجِشون[2] المتوفى عام ٢١٢ هـ ، وكان مفتى مدينة الرسول فى زمانه ، وهو سليل بيت علم معروف بالمدينة .

٢) أحمد بن المُعَذَّل بن غَيْلان العبدى ، معاصر ابن الماجشون ومن أصحابه ، ولم نعرف تاريخ وفاته ، ولم يكن ، كما يذكر ابن فرحون ، لمالك بالعراق أرفع منه ولا أعلى درجة ؛ ولا أبصر بمذاهب أهل الحجاز[3] .

٣) أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق القاضى المتوفى عام ٢٨٢ ، وأصله من البصرة ثم انتقل إلى بغداد واتخذها وطناً . ويذكره الخطيب البغدادى فيقول :

---

(١) الديباج ، ص ١٦١ — ١٦٢ .

(٢) بالجيم المثلثة الحركة ، كلمة فارسية معناها المورّد ، ولقب بذلك جده لحمرة فى وجهه . راجع ترجمته فى وفيات الأعيان ، جـ ١ : ٤٠٦ .

(٣) الديباج ، ص ٣١ .

« آخذ الفقه على مذهب مالك عن احمد بن المعذل ، وتقدم فى هذا العلم حتى صار علماً فيه ، ونشر من مذهب مالك وفضله ما لم يكن بالعراق فى وقت من الأوقات وصنف فى الاحتجاج لمذهب مالك والشرح له ما صار لأهل هذا المذهب مثالا يحتذونه وطريقاً يسلكونه[1] . . . إلى آخر ما قال .

٤ ـ المذهب الحنبلي

ابن حنبل صاحبه :

١٣٠ — هو ، كما يقول الذهبي ، سيد المسلمين فى عصره ، الحافظ ، الحجة ، أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الذُّهْلى الشيبانى ، ولد ببغداد عام ١٦٤ هـ وبها نشأ ، وإن كانت له رحلات إلى مدائن العلم وبلاده كالكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام والجزيرة ، ثم مات فى شهر ربيع الأول عام ٢٤١ هـ .

وبلغ من حفظه وجلالته فى العلم أن قال عنه إبراهيم الحَرْبى : « رأيت أحمد كأن الله قد جمع له علم الأولين والآخرين » ، وفيه يقول الشافعى حين ارتحل إلى مصر . « خرجت من بغداد وما خلّفت بها أتقى ولا أفقه من ابن حنبل » ولا عجب فقد كان ، كما يذكر ابن العماد الحنبلى ، « إماماً فى الحديث وضروبه ، إماماً فى الفقه ودقائقه ، إماماً فى السنة ودقائقها ، إماماً فى الورع وغوامضه ، إماماً فى الزهد وحقائقه[2] » . من ذلك كله ، وغيره كثير مما ذكره مترجموه الكثيرون ، نعلم أى عالم وفقيه وإمام كان ابن حنبل . رضى الله عنه وأجزل مثوبته .

١٣١ — ومن يتعرض لتاريخ ابن حنبل ، ولو بإيجاز شديد كما نفعل ، لا يسعه

---

(١) تاريخ بغداد ، جـ ٦ : ٢٨٥ .

(٢) راجع فى هذه النقول وسواها ، ابن خلكان ، جـ ١ : ٢٣ ؛ تذكرة الحفاظ ، جـ ٢ : ١٧ ؛ مفتاح السعادة ، جـ ٢ : ٩٨ — ٩٩ ؛ شذرات الذهب ، جـ ٢ : ٩٦ — ٩٧ ؛ تاريخ بغداد ، جـ ٤ : ٤١٢ وما بعدها . وراجع بصفة عامة ترجمته مطولة فى تاريخ الإسلام للحافظ الذهبى ، وقد نشرها صديقنا العلامة الشيخ أحمد شاكر فى مقدمات الجزء الأول من مسند ابن حنبل من ص ٥٨ — ١٣١ .

أن يغفل ما كان من محنته أيام العباسيين وصبره عليها الصبر الجميل . ذلك أن الخليفة المأمون كان قد أغرم بأقوال الفلاسفة والمعتزلة ، فرأى أن القرآن كلام الله مخلوق لله الخالق لكل شيء ، وأراد هو والمعتصم والواثق من بعده حمل العلماء والفقهاء على رأيه الذى دفعه إليه رجال الاعتزال ، فكان من هؤلاء العلماء الإمام ابن حنبل . إلا أن الإمام أصر على أن القرآن غير مخلوق ، باعتباره كلام الله ، فضرب بالسياط ضرباً شديداً ليرجع عن رأيه ، ولكن هذه المحنة لم تزده إلا تمسكا به ، وكانت عام ٢٢٠ هـ[١] ، والحادثة مشهورة فلا نطيل فيها ، ويكفى الرجوع فيها لأى مرجع عُنى بالحديث عن ابن حنبل ، وفى مقدمتها المراجع التى أشرنا إليها هنا .

ونحن لا ندرى كيف يُضطهد رأى من الآراء هذا الاضطهاد الشنيع ، وبخاصة وليس هناك دليل يقطع بعدم صحته ، أو بصحة الرأى المخالف ، الذى دعا إليه المأمون ومن جاء بعده ، حتى عدل عنه أخيراً الخليفة المتوكل وأفرج عن ابن حنبل ، ولا سيما وقد كانت حاضرة الخلافة العباسية فى ذلك العصر تموج بالمقالات والآراء المخالفة للإسلام وأصوله ، ولعل هذا الاضطهاد كان سياسياً لا دينياً ، كما يرى بعض الكتاب ، ولكن ، إن صح هذا الفرض فما هى الأسباب التى تجعله سياسياً ؟ ذلك ما ندعه الآن ، إذ تحقيق هذه المسألة يخرج عن نطاق البحث الذى نحن بسبيله .

المذهب وأصوله :

١٣٢ — كان معتمد ابن حنبل فى مذهبه وفتاويه ، كما يذكر ابن القيم[٢] ، على خمسة أصول وهى :

١) النص من الكتاب أو الحديث ، فمتى ظفر بنص فى المسألة أفتى بموجبه دون التفات إلى ما خالفه أو من خالفه ولو كان من كبار الصحابة ، ولهذا ، مثلا ،

---

(١) ابن خلكان ، جـ ١ : ٢٣ ؛ تاريخ بغداد ، جـ ٤ : ٤٢١ — ٤٢٢ .

(٢) إعلام الموقعين ، جـ ١ : ٢٣ وما بعدها .

لم يلتفت إلى قول مُعاذ ومعاوية من الصحابة بتوريث المسلم من الكافر ، عندما صح عنده الحديث المانع من التوارث بينهما لاختلاف الدين .

٢) فتوى الصحابى عند عدم النص ، فإذا وجد لبعض الصحابة فتوى لا يعرف لها مخالفاً منهم لم يتجاوزها إلى رأى آخر ، دون أن يدعى أن ذلك إجماع ، بل يقول تورُّعاً ما يفيد أنه لا يعلم شيئاً يعارض هذه الفتوى .

٣) إذا تعددت الآراء من الصحابة فى الأمر الواحد ، كان يلجأ إلى اختيار أقربها من الكتاب والسنة ، بمعنى أنه لا يخرج عن رأى من هذه الآراء ، وكان يتوقف أحياناً عن الفتوى إذا لم يجد مرجحاً لأحد تلك الآراء .

٤) الأخذ بالحديث المرسل[1] أو الضعيف مرجحاً له على القياس ، ما دام ليس هناك أثر آخر يدفعه ولا قول صاحب ولا إجماع على خلافه .

٥) وأخيراً ، إن لم يجد شيئاً مما تقدم من الأصول الأربعة ، لجأ إلى القياس فاستعمله للضرورة .

ومن ذلك نرى أن ابن حنبل رجل حديث وأثر ، أكثر منه رجل فقه وقياس ولهذا عدّه بعض المؤرخين فى فقهاء المحدثين لا فى الفقهاء بإطلاق[2] ، وحسبنا أنه يقدم الحديث أو الأثر ، ولو مُرْسلا أو ضعيفاً متى صح سنده عنده ، على الرأى أو القياس ، بل يقدم عليه قول الصحابى أيضاً ، مع أن ذلك ما لم يكن يعمله دائماً بعض الصحابة أنفسهم رضوان الله عليهم .

تدوينه ونشره :

١٣٣ — نجد الأصل الأول لهذا المذهب فى مُسند صاحبه نفسه ، هذا الكتاب

---

(١) هو ما لم يذكر فيه الصحابى الذى رواه عن الرسول .

(٢) أنظر الفهرست ، ص ٣١٤ ، ٣٢٠ بعد ص ٢٨٠ وما بعدها . وانظر ايضا ابن عبد البر فى كتابه « الانتقاء فى فضائل الأئمة الفقهاء » . والطبرى فى كتابه « اختلاف الفقهاء » ، لم يذكر ابن حنبل ولا شيئاً عن مذهبه .

الجليل الذى جمع نحو أربعين ألف حديث كما يذكر ابن النديم وآخرون معه[1] ، وقد شملت هذه الأحاديث — فيما شملت — مسائل الفقه وأبوابه ، وإن لم يكن مرتباً عليها .

وهذا الكتاب — كما يقول الحافظ المدينى — أصل كبير ، ومرجع وثيق لأصحاب الحديث . انتُقِى من حديث كثير ومسموعات وافرة ، فجعله إماماً ومعتمداً وعند التنازع ملجأ ومستنداً[2] . ثم يقول (ص ٢٢) : ولم يُخَرِّج [أى ابن حنبل] إلا عمن ثبت عنده صدقه وديانته ، دون من طعن فى أمانته . وبلغ عدد الصحابة الذين أسند إليهم هذه المجموعة الضخمة من الحديث ، نحواً من سبعمائة رجل .

وقد لقى « المسند » من المعْنيّين بالسنة والعلم حظاً طيبا ، فطبع أكثر من مرة بمصر وغيرها ، كما تناوله الكثيرون بالشرح بغية تقريبه للناس ، ثم جاء أخيراً صديقنا العلامة الشيخ أحمد محمد شاكر ، فأقدم منذ سنوات على نشره فى طبعة علمية دقيقة أنيقة ، زاد من قيمتها ماقام بهمن تعليقات وشروح موجزة قيمة ، وما ألحقه بكل جزء ظهر منها من فهارس تيسر للباحثين الإفادة منه ، ونرجو أن يظهر باقى الأجزاء قريباً بعون الله وحسن توفيقه[3] .

١٣٤ — وكذلك ، قيّض الله لهذا المذهب من قام عليه وعمل على نشره ، من تلاميذ الإمام والقريبى العهد بزمنه ، وكان من أشهرهم :

١) الأثرم أبو بكر أحمد بن محمد بن هانىء الخراسانى البغدادى ، الذى مات عام ٢٧٣ هـ ، كما جاء فى تقريب التهذيب للحافظ بن حجر ص ١٢ . وهو من الفقهاء الحفاظ الأعلام ، « وله كتاب السنن فى الفقه على مذهب أحمد وشواهده من الحديث[4] » .

---

(١) الفهرست ، ص ٣٢٠ ؛ خصائص المسند للحافظ أبى موسى المدينى المتوفى عام ٥٨١ هـ ، مقدمة الجزء الأول من المسند نشر الشيخ أحمد محمد شاكر ، ص ٢٣ .

(٢) خصائص المسند ، الطبعة المذكورة ، ص ٢١ .

(٣) هذه الطبعة تقوم دار المعارف بها ، وظهر منها حتى اليوم عشرة أجزاء فقط .

(٤) الفهرست ، ص ٣٢١ .

٢) أحمد بن محمد بن الحجاج المسروزى المتوفى عام ٢٧٥ هـ . وكان من أجل أصحاب ابن حنبل ، و إماماً فى الفقه والحديث كثير التصانيف[١] .

٣) ابرهيم الحربى أبو إسحاق المتوفى عام ٢٨٥ هـ . تفقه على الإمام أحمد ، وصار أحد الأئمة الأعلام ، ويظهر من التآليف التى ذكرها له ابن النديم أن تبحره فى الحديث كان أكثر[٢] .

٤) أبو القاسم عمر بن أبى على الحسين الخِرَقى البغدادى المتوفى عام ٣٣٤هـ . كان من أعيان الحنابلة ، وله فى المذهب كتب كثيرة منها مختصره المشهور للبادئين ، عُرِف بالخرقى نسبة إلى بيع الخرق والثياب[٣] .

١٣٥ — وبعد هؤلاء الأربعة المشاهير ممن نشروا مذهب ابن حنبل، يجب ألا ننسى فضل ابن تيمية صاحب الرسائل والفتاوى المشهورة والمتوفى عام ٧٢٨ هـ ، وتلميذه ابن القيم صاحب إعلام الموقعين المتوفي عام ٧٥١ هـ .

إنه بفضل هذين العالمين الجليلين تجدَّد المذهب وتتطور إلى خير ، وقوى أمره وأخذ فى الانتشار أكثر من ذى قبل . ثم بفضل محمد بن عبد الوهاب النجدى المتوفى عام ١٢٠٦هـ ، صار مذهب ابن حنبل المذهب الرسمى لدولة ابن سعود بنجد والحجاز ، فزاده ذلك قوة ، وبخاصة وله اليوم أتباع كان من نشاطهم نشر بعض عيون كتب المذهب وتواريخ رجالاته .

* * *

١٣٦ — تلك هى المذاهب الأربعة التى خلدت على الزمن من مذاهب أهل السنة فى الفقه ، والتى أجمع المسلمون منذ زمن طويل على تقليدها ، وهى ، مع المذاهب الشيعية ، تتوزع العالم الإسلامى اليوم ، فلكل منها مجالها و بلادها

(١) شذرات الذهب ، جـ ٢ : ١٦٦ .
(٢) الفهرست ، ص ٣٢٣ ؛ شذرات الذهب ، جـ ٢ : ١٩٠ .
(٣) ابن خلكان ، جـ ١ : ٥٤٠ ؛ شذرات الذهب ، جـ ٢ : ٣٣٦ .

وأتباعها[1] ، وهناك مذاهب أخرى ، من مذاهب أهل السنة اندثرت ، بعد أن عاش كل منها فترة طويلة أو قصيرة ، وسنتكلم عنها بعد حين .

ولنأخذ الآن فى الحديث عن الفقه لدى الشيعة وأشهر مذاهبه لديهم ، إذ من حق هذه المذاهب الشيعية أن يعرفها أهل السنة ، وأن تأخذ مكانها الجدير بها فى المؤلفات التى تبحث فى تاريخ الفقه لدى المسلمين بعامّة .

ب — فقه الشيعة

١٣٧ — فى مختار الصحاح : شيعة الرجل أتباعه وأنصاره ، وتشيع الرجل ادعى دعوة الشيعة ، ويقصد بالشيعة ، فى اصطلاح من يتكلم فى أصول الدين أو فروعه أى الفقه ، الطائفة الذين شايعوا الإمام علىّ بن أبى طالب وقالوا إنه إمام المسلمين وخليفتهم بعد الرسول لأحاديث عن الرسول تصرح أو تشير إلى ذلك ، وهم يعتقدون أن الإمامة لا تخرج عنه أو أحد من آل بيته إلا ظلماً وعدواناً .

والشيعة فرق كثيرة تختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً ، حتى ليكفر بعضها بعضاً وفى الحق ، إن من الشيعة فرقاً غَلَوْا فى آرائهم غُلُوًّا أخرجهم من الإسلام ، وليس من شأننا هنا التعرض لذلك . ولكن نقول بأنه يمكن إرجاع فرق الشيعة الكثيرة إلى ثلاث : الغُلاة ، الزيدية ، الإمامية[2] .

ولن نتعرض هنا للغلاة ، كما أننا سنتناول — فى إيجاز — الفقه لدى الزيدية

---

(١) راجع ابن خلدون ، ص ٣٥٥ — ٣٥٦ ؛ الفكر السامى للحجوى ، ج ٣ : ٦٤ — ٦٦ . على أنه يجب أن نشير إلى مذهب الإباضية ، نسبة إلى زعيمهم عبد الله بن إباض المعاصر لمروان آخر خلفاء بنى أمية ، وهم جماعة من الخوارج يعيشون فى عمان وتونس والجزائر بإفريقية الشمالية .

(٢) الزيدية هم أتباع زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب ، وقد توفى قتيلا من الأمويين عام ١٢١ أو ١٢٢ هـ . أما الإمامية ، وسموا بذلك لاهتمامهم الشديد بمسألة الإمامة وعصمة الأئمة ، فيجعلون الإمامة بعد على زين العابدين إلى محمد الباقر ، ثم جعفر الصادق ، ثم موسى الكاظم ، وهكذا حتى يصلوا إلى محمد المهدى المنتظر حتى اليوم ، وهو الإمام الثانى عشر ، ولذلك اشتهرت هذه الفرقة باسم الإمامية الإثنى عشرية . وهناك الإمامية السبعية الذين يقولون بإمامة سبعة أئمة فقط ، والسابع هو موسى الكاظم .

والإمامية ، لأن ما لدينا من مراجع ووقت لا يسمح لنا بالتوسع فى البحث ووضع الحدود الدقيقة بين هاتين الفرقتين فيما يتعلق بالفقه .

١٣٨ — الزيدية : (١)

هم الذين جعلوا الإمامة بعد على زين العابدين ، بن الحسين رضى الله عنه ، إلى ابنه زيد ، لا إلى محمد الباقر كما فعلت الإمامية . وكان الإمام زيد معروفا بالكمال واجتماع خلال الفضل فيه ، ولا عجب ! فهو حفيد الحسين ريحانة رسول الله ، كما كان وثيق المعرفة بعلوم القرآن والفقه ، وغير ذلك من علوم العصر وثقافاته المختلفة ، ولهذا يذكر له المؤرخون تآليف عديدة متنوعة النواحى ؛ منها تفسير غريب القرآن ورسالة ضد فرقة المرجئة ، وكتابات أخرى فى موضوعات مختلفة .

على أن أهم هذه الكتب ، هو كتابه « المجموع » فى الفقه الذى يشك البعض فى نسبته إليه ، بلا أساس صحيح فيما نعتقد ، فإن الإمام زيداً عاش فى زمن أبى حنيفة ومعاصريه من الفقهاء والعلماء الأعلام ، وهو سليل بيت عُرِفَ بالعلم ، فلا عجب أن يكتب فى الفقه أو غيره كتاباً هاماً مثل « المجموع » فى عصر التدوين والتأليف .

وعلى كل حال ، فهذا الكتاب — الذى بأيدينا الآن — من المصادر الأصلية الأولى فى الفقه مرتباً على الأبواب التى نعرفها ، وفيه مع شرحه نرى كيف كان كبار الفقهاء على اختلاف المذاهب ، وبخاصة فقهاء العراق يعالجون مسائل الفقه وأدلتها من الكتاب والسُّنة وغيرهما . وقد شرحه فى أربعة أجزاء كبار طُبِعت بمصر ، العلامة شرف الدين الحسين بن الحَيْمى اليمنى الصنعانى المتوفى عام ١٢٢١ هـ ، واسم هذا الشرح : « الروض النضير ، شرح مجموع الفقه الكبير » .

١٣٩ — وقد توالى بعد زيد ، الأئمة والفقهاء فى هذه الفرقة ، وكان لهم طبعاً تآليف فى الفقه وغيره نعرف منها القليل ونجهل الكثير ، إذ لا يزال معظمها محبوساً فى خزائن اليمن المقر الأكبر لهذه الفرقة من الشيعة . ومن هذه المؤلفات : كتاب

جامع فى الفقه ، رسالة فى القياس ، الأحكام فى الحلال والحرام ، وكلها للإمام الهادى يحيى بن الحسين بن القاسم المتوفى عام ٢٩٨ هـ ، وإليه تنسب الزيدية الهادوية[١] .

ونشير هنا أيضا إلى كتاب هام آخر ، وهو « كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار » ، للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى عام ٨٤٠ هـ . وهو كتاب فى أربعة أجزاء كبار ، ويشير فى إطالة إلى اختلاف الفقهاء فى مسائل الفقه ، وقد طبع أخيراً بمصر أيضا .

١٤٠ — ونستطيع بعد الإطلاع على هذين الكتابين الجليلين[٢] ، أن نقرر بأن الفقه الزيدى لا يختلف كثيراً عن الفقه الذى نعرفه فى مذاهب أهل السنة ، مع ميل إلى فقه أهل العراق بخاصة ، إذ كان العراق هو مهد التشيع والأئمة والشيعة على وجه عام .

على أنهم يخالفون أهل السنة فى بعض مسائل معروفة ؛ منها عدم إجازتهم المسح على الخفين ، تحريمهم أكل ما ذبحه غير المسلم ، وتحريم تزوج الكتابيات مستندين إلى قوله تعالى : « ولا تُمسكوا بعِصَم الكوافر[٣] » كما أنهم خالفوا الشيعة الإمامة فى تحليل هؤلاء لزواج المتعة على ما ستذكره بعد قليل .

١٤١ — الإمامية :

هى أكبر طوائف الشيعة ، وقد يطلق اسم الشيعة ويراد بها الإمامية خاصة[٤] ، وأهم مواطنها إيران ثم العراق ، ومذهبهم فى الفقه أقرب إلى مذهب الإمام الشافعى ،

---

(١) أنظر تقرير البعثة المصرية بلاد اليمن ، ص ٢٥ ، ١٣ .

(٢) من الخير الكثير تقرير دراسة هذين الكتابين بكلية الشريعة بالأزهر ، فى ذلك فهم وتقريب حقيقيان بين المذاهب الإسلامية المتعددة . التى قامت بتصوير المخطوطات العربية الرسمية .

(٣) سورة الممتحنة م ٦٠ : ١٠ ، ومن الحق أن نقول بأنه ليس لهم أن يتمسكوا بهذه الآية ، فالكوافر هنا يراد بهم النساء المشركات بلا ريب اللائى رفضن الإسلام والهجرة مع أزواجهن من المهاجرين مع الرسول ، وذلك واضح من موضع الآية وسياقها .

(٤) أنظر كتاب أصل الشيعة وأصولها ، للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، وهو عالم كبير معروف معاصر ، طبع القاهرة عام ١٩٤٤م ، ص ٧٥ .

وإن كانوا يخالفون مذاهب أهل السنة الأربعة فى بعض مسائل سيجىء ذكر بعضها.

وهم، كالزيدية، لا يرجعون فى الفقه بعد الكتاب إلا إلى الأحاديث التى رواها أئمتهم ورجالاتهم، كما أنهم يرون أن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحا للقادر عليه ولن يُسدّ أبدا، كما أنهم جميعاً يرفضون القياس مادام عندهم أئمتهم الذين لديهم علم الأحكام الشرعية بطريق الوصية!

ونستطيع أن نذكر أن أول من كتب فى الفقه هو الإمام موسى الكاظم الذى مات سجيناً عام ١٨٣ هـ، وكان ما كتبه إجابة عن مسائل وجّهت إليه، تحت اسم: «الحلال والحرام». ثم كتب ابنه على الرضا كتاب: «فقه الرضا»، وقد طبع عام ١٢٧٤ هـ فى طهران.

١٤٢ — على أن المؤسس حقاً لفقه هذه الطائفة الإمامية فى إيران هو أبو جعفر محمد بن الحسن بن فرّوخ الصفّار الأعرج القُمّى، وقد توفى عام ٢٩٠ هـ، إذ كتب كتابه: «بشائر الدرجات فى علوم آل محمد وماخصهم الله به» وقد طبع عام ١٢٨٥هـ.

ثم جاء، من بعد هذا ذاك، محمد بن يعقوب بن اسحاق الكُلَيْنى شيخ الشيعة المتوفى عام ٣٢٨ هـ، فكتب كتابه: «الكافى فى علم الدين»، وهو كتاب يعتبر رابع الكتب الأربعة الأساسية للشيعة[1]. وهذا الكتاب يحتوى على ستة عشر ألفاً وتسعة وتسعين حديثاً كلها من طريق آل البيت، وهذا الرقم يزيد على الأحاديث التى جاءت فى كتب الصحاح الستة (البخارى وغيره) إذا استثنينا الأحاديث المكررة فيها لتعدد أسانيدها وطرقها[2].

---

(١) أنظر بروكلمان فى كتابه تاريخ الأدب العربى، الملحق الأول ص ٣١٨، وهو كتاب لايستغنى عنه باحث فى العلوم والآداب والدراسات الإسلامية. وراجع تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام لآية الله السيد حسن الصدر، طبع العراق عام ١٩٥١ م. ص ٢٨٨ — ٢٨٩، حيث بين الكتب الأربعة المشار إليها.

(٢) كتاب تأسيس الشيعة السابق ذكره، ص ٢٨٨. وانظر هذا الكتاب ص ٢٩٨ وما بعدها. والفهرست لابن النديم ص ٣٠٧ وما بعدها، لمعرفة كتب الشيعة — وبخاصة الإمامية — الهامة فى الفقه. على أنه ينبغى أن نلاحظ أن مؤرخى الشيعة أدخلوا ضمن علمائهم وفقهائهم غير قليل من أهل السنة المعروفين.

١٤٣ — أشرنا إلى أن هؤلاء الشيعة لم يغلقوا باب الاجتهاد ، وأنهم يرفضون اعتبار القياس دليلا للأحكام الفقهية ، كما أنهم ينكرون أيضاً الإجماع الذى اعتبره أهل السنة مصدراً من مصادر هذه الأحكام ، والسبب فى كل ذلك يسيرٌ فهمه .

إن من أصول الشيعة أن لله فى كل أمر أو حادث ، مهما كان قليل الخطر ، حكما معينا ، وسواء فى هذا العبادات والمعاملات . وهذه الأحكام عرفها الرسول بالوحى والإلهام من الله ، وبين منها حال حياته ما اقتضت الحاجة والحكمة بيانه ، وأودع سائرها أوصياءه ليبين كل منهم فى زمنه ما تدعو الحاجة والحكمة أيضاً لبيانه[1]

فما الضرورة إذاً لاستعمال القياس ! وبخاصة وقد تواتر عن أئمتهم « أن الشريعة إذا قيست مُحِق الدين[2] » ، والقياس هو العمل بالرأى وأحكام الله لا يصح أن يكون مرجعها الرأى ! أما الأئمة فهم معصومون من الخطأ فى هذه الأحكام ، فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع ! ولا ندرى ، مع هذا كله ، ما معنى الاجتهاد الذى يرون من مفاخرهم القول بجوازه دائما ، ومرجع الأحكام الشرعية هم الأئمة دائماً لا غيرهم !

١٤٤ — هذا ، والإمامية ، مع ذلك كله ، لا يفترقون فى الفقه عن جمهور أهل السنة إلا فى بضع عشرة مسألة ، ونذكر من هذه المسائل :

(١) رأيهم فى أن الزواج قد يكون مؤبدا وهو ما نعرفه نحن أهل السنة ، وقد يكون إلى أجل معلوم وهو زواج المتعة أو المؤقت ، مستندين فى هذا إلى ما رواه ابن عباس وغيره عن الرسول من تحليله ، رافضين ما يؤكده أهل السنة والشيعة الزيدية من أنه نسخ فى أيام الرسول نفسه . ويرون أن هذا الضرب من الزواج ضرورى ومفيد للمجتمع وبخاصة للرحّالة الذين ينتقلون من بلد إلى آخر ولا يستطيعون

(١) أهل الشيعة وأصولها ، ص ٨٩ — ٩٠ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٩٣ . ونلاحظ هنا ، أن الظاهرية يرفضون أيضاً القياس ، ولكن السبب عندهم هو كفاية نصوص القرآن والحديث لمعرفة الأحكام الشرعية .

أن يعيشوا رهباناً ، فهو يعصمهم من الوقوع في الزنا ، وقد أطال فقهاؤهم الكلام في ذلك[١] .

٢) وجوب الإشهاد على الطلاق ، فلو وقع الطلاق بدون شاهدين عدلين كان باطلا[٢] . وهم يستدلون لمذهبهم بقوله تعالى فى سورة الطلاق (م ٦٥ ـ ٢) : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم » . ثم يذكرون أن هذا الشرط يدعو إلى التقليل من الطلاق الذى هو أبغض الحلال إلى الله ، لأن وجود الشاهدين قد يؤدى إلى حسم الخلاف بين الزوجين ، ورفع النزاع و إدامة الزواج .

وهنا يرى أهل السنة أن الأمر بالإشهاد هنا ليس للوجوب ، بل من باب الاحتياط حتى لا ينكر أحد الزوجين وقوع الطلاق . ولاسيما والشيعة معنا فى عدم اشتراط وجوب الإشهاد على الرجعة ، والآية وردت نصاً فيها وفى الطلاق[٣] . ومن رأيى أن مذهب الإمامية هنا ، وإن خالف المذاهب السنية الأربعة المعروفة ، مذهب جيد فى أصله واستدلاله بتلك الآية وغيرها ، ويضع حداً لما نحن فيه من فوضى الطلاق بلا سبب يبحثه من يحضره ، وعلى غير علم من الزوجة التى لا ذنب لها ، فمن الخير جعل هذا الرأى قانوناً[٤] .

٣) ويرون ، مثل الزيدية ، تحريم الزواج بامرأة نصرانية أو يهودية ، وسندهم هو آية : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » التى مر ذكرها .

٤) ويخالفون أيضاً فى مسائل من الميراث لا نرى الإطالة بذكرها[٥] ، ولكن نشير إلى أن ابن العم الشقيق مقدم عندهم فى الميراث على العم لأب ، مع إجماعهم

---

(١) وانظر كتاب أهل الشيعة وأصولها ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) المصدر نفسه ص ١٣١ — ١٣٢ .

(٣) انظر مثلا كتاب أحكام القرآن للامام أبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى عام ٣٧٠ هـ ، حـ ٣ : ٤٥٥ — ٤٥٦ ، طبعة الآستانة عام ١٣٣٨ هـ .

(٤) صدع بهذا الرأى منذ زمن طويل ، صديقنا العلامة الشيخ أحمد شاكر فى كتابه : نظام الطلاق فى الإسلام ، وهذا هو رأى الظاهرية فى الطلاق والرجعة أيضاً .

(٥) انظر أهل الشيعة وأصولها ، ص ١٤٢ — ١٤٤ .

على أن مدار الإرث هو القرب من المتوفى المورّث . ولعل رأيهم السياسى فى الإمامة وأنها لعلىّ ابن عم الرسول ثم لآل بيته من بعده ، وليست لولد العباس عم الرسول ، أثر فى هذا الرأى الفقهى فى الميراث .

الزيديه والإمامية عن المؤرخ بروكلمان

رأينا ، بعد كتابة ما تقدم ، أن نضيف فصلا آخر عن هاتين الفرقتين ملخصاً من كتاب تاريخ الأدب العربى للمستشرق الألمانى الكبير « بروكلمان »[1] ، ليرجع إليه من يريد التوسع فى المعرفة ، ليكون دليلا على أن الأجانب يُعْنَوْن بنا أكثر من عنايتنا بأنفسنا[2] !

تمهيد :

١٥٤ — انفصلت الشيعة عن مجموع الأمة الإسلامية فى عهد متأخر نوعاً . وقد كانت هناك ميول علوية فى القرون الأولى ، منبثة فى جميع أقطار العالم الإسلامى ، ولكنها لم تكن أدّت بعدُ إلى التشكك فى عقائد أصحابها ، إذ كانوا لم يذهبوا إلى حدِّ التطرف . ولم يتحقق نُمُوّ الحزب السياسى وتطوره إلى فرقة دينية إلا فى نواح متفرقة من دولة الخلافة ، حيث وصل العلويون بصورة مؤقتة أو دائمة إلى إقامة سلطان لهم .

وفى فارس فقط ، التى تحالف فيها التشيع مع العصبية الإيرانية على العرب ، نما أدب شيعى مستقل وإن لم يعتمد على تشجيع العوامل السياسية . ولكن ، للأسف ، لم يصل إلينا إلا القليل جداً من تلك الكتب الكثيرة التى ذكر الطوسى

---

(١) هذا الفصل مأخوذ عن الملحق الأول للكتاب حد ٣١٣ وما بعدها ، وحد ٦٩٧ وما بعدها ، واسم الكتاب بالألمانية هو :

Geschichte der arabischen literatur, Carl Brockelmann

(٢) تفضل بترجمة هذا الفصل عن مصدره الألمانى ، أخى وصديقى العلامة الاستاذ الدكتور عبد الحليم النجار ، أحد علماء الأزهر والأستاذ بكلية الآداب بجامعة فؤاد الأول ، فله منا ومن القراء خالص الشكر .

عناوينها[1] . وفى بلاد الشرق الأدنى السُّنية المذهب ، التى تنتمى إليها مجموعاتنا من المخطوطات فى الغالب ، كانت تُستأصل كتب الملاحدة [كما يزعمون] ، كما أنه فى البلدان المتشيعة كانت العلاقات الخارجية لا تساعد على الاحتفاظ بالآثار العلمية والأدبية .

الزيدية :

١٤٦ — تنسب سلسلة من الكتب القديمة العهد ، وإن كانت لا يمكن القطع بصحتها ، إلى الإمام زيد بن على المقتول عام ١٢٢ هـ — ٧٤٠ م ، والذى جعله الزيدية إمامهم ، وإلى ابن عمه جعفر الصادق أيضاً ، وقد وصلت الزيدية إلى السلطان فى اليمن فى القرن الثانى الهجرى .

من ذلك كتاب « المجموع » لزيد بن على [رضى الله عنه] وقد طبع مع شرحه المسمى « بالروض النضير » بالقاهرة عام ١٣٤٨ — ١٣٤٩ هـ . ومن المخطوطات التى تنسب أيضاً إليه ، وتوجد فى مكتبات مختلفة : تفسير غريب القرآن المجيد ، مقدمة فى علوم القرآن وتفسير لمواضع منه ، قراءة زيد بن على ، ردٌّ على المرجئة ، رسالة فى إثبات وصية أمير المؤمنين وإثبات إمامته وإمامة الحسن والحسين وذريتهما ، تثبيت الإمامة ، مناسك الحج وأحكامه ، كتاب الصفوة فى آل البيت ، رسالة فى حقوق الله .

١٤٧ — ونجد من علماء الزيدية ، بعد الإمام زيد ، الإمام ترجمان الدين القاسم ابن إبراهيم الحسنى الطباطبائى المتوفى عام ٢٤٦ هـ — ٨٦٠ م ، وكان ينكر القدر والتجسيم ، وهو مؤسس المدرسة القاسمية فى الفقه ، وله رسائل صغيرة نذكر منها فى الفقه والأخلاق : مسألة الطبريين ، الإمامة ، المسترشد فى التوحيد ، سياسة

(١) أنظر شبر نجد ومولوى عبد الحق ، فهرست أسماء ، كتب الشيعة للطوسى وتعليقات على كتاب « علم الهدى » كلكوتا عام ١٨٥٣ — ١٨٥٥ م .

النفس، القتل والقتال ، وغيرها . ولابنه أبو عبد الله محمد بن القاسم أجوبة مسائل تتعلق بقصة موسى فى القرآن ، وتوجد بالمتحف البريطانى بلندن .

ثم يجىء حفيده أبو الحسين يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الحسنى الهادى إلى الحق ، وقد ولد عام ٢٤٥ هـ — ٨٥٩ م وتوفى فى ١٩ من ذى الحجة عام ٢٩٨ هـ — ١٨ يولية عام ٩١٠ م ، وهو مؤسس إمامة الزيديين باليمن . وله كتب كثيرة ، ومنها فى الفقه : كتاب التحرير ، وهو كتاب مطول فى فقه الزيدية .

١٤٨ — وبعد هؤلاء ، نذكر الإمام الزيدى الثالث ، وهو الناصر للحق الحسن بن على الحسينى الأطروش . وقد أسس مدرسة الناصرية لفقه الزيدية ، وتوفى عام ٣٠٤ هـ — ٩١٦ م حيث كان والياً على « عامُل » . ومن كتبه : « كتاب البساط » ، وهو وصف مختصر لنظام الزيديين ، ويوجد فى الڤاتيكان ؛ كتاب المغنى فى رءوس مسائل الخلاف بين الناصر للحق وسائر فقهاء آل البيت ، ويوجد بالڤاتيكان أيضاً ؛ كتاب الإبانة فى الفقه ، ويوجد فى ميونيخ بألمانيا ، بشرح أبى جعفر محمد بن الموسمى ؛ وغير ذلك من المؤلفات .

وللمهدى لدين الله الحسين بن القاسم بن على الحسنى المتوفى عام ٤٠٤ هـ — ١٠١٣ م ، كتب مختلفة ، منها كتاب الأكفاء فى الزواج من حيث الدين والنسب، كتاب السبيلين : العقل والنقس ، كتاب تفسير الغريب من كتاب الله ، وكلها توجد ببرلين .

ونذكر للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين بن هارون البطحانى ، الذى ولى إمامة الزيدية فى جيلان وديلمان وتوفى عام ٤١١ هـ — ١٠٢٠ م ، من الكتب : كتاب الإفادة ، مع زيادة جمعها معاصره أبو القاسم بن بنالى الموسمى ، إثبات النبوة ببرلين ؛ كتاب التجديد فى الفقه يبين فيه الخلاف بين القاسم والهادى فى سبعة عشر موضعاً من العبادات ، وواحد وعشرين موضعا من المعاملات ، ويوجد فى ڤِينَّا وغيرها ، وله شروح فى الڤاتيكان.

١٤٩ — وكانت بالكوفة أربع مدارس لفقه الزيدية ، يعد مؤسسا لها كل من :

(١) أحمد بن إسماعيل المتوفى عام ٢٤٠ هـ — ٨٥٤ م .

(٢) القاسم بن ابراهيم المتوفى عام ٢٤٦ هـ — ٨٦٠ م .

(٣) أبو اسحاق بن يوسف .

(٤) محمد بن منصور بن يزيد بن مَنْدَه ، الذى جمع أمالى أحمد بن عيسى ورواها .

وقد عالج تعاليمهم ، على أنها المذاهب الأربعة ، كتاب الجامع الكافى فى فقه الزيدية لأبى عبد الله محمد بن على الحسنى المتوفى عام ٤٤٥ هـ — ١٠٥٣ م ، ويوجد فى مكتبة امبروز بإيطاليا .

١٥٠ — وفى هذا العصر أيضاً ، ظهر الإمام الناطق بالحق أبو طالب يحيى ابن الحسين بن هارون البطحانى الذى توفى عام ٤٢٤ هـ — ١٠٣٣م ، واعترف به خليفة فى ديلم ، ومن مؤلفاته : كتاب التحرير فى الفقه الذى توجد منه نسخ فى برلين وفِيَنَّا ، ومنه نسخة وسَّعها وأدخل عليها زيادات جمال الدين المطهَّر على بن الحسين ابن يحيى بن الهادى ، من أوائل القرن السادس الهجرى ، وسماها « اللُّمع » وتوجد فى ميونيخ والمتحف البريطانى وغيرها . وله أيضاً كتاب جوامع الأدلة فى أصول الفقه ، كتاب جوامع النصوص ، وغيرها .

وكذلك فى هذا العصر ، ظهر أبو عبد الله محمد بن على العلوى الحسنى ، المتوفى عام ٤٤٥ هـ — ١٠٥٣م أو بعد ذلك بقليل . وله كتاب جامع آل محمد ، وهو عرض للفقه الزيدى تبعاً للمدارس الكوفية الأربع السابق ذكرها .

وبعده نرى أحمد بن سليمان الهادى إلى الحق المتوكل بالله ، وقد صار إماماً للزيدية باليمن عام ٥٣٣ هـ — ١١٣٨ م ، وامتد نفوذه بوساطة القتال إلى نجران ، وتوفى عام ٥٦٦ هـ — ١١٧٠م . وله من المؤلفات كتب : أصول الأحكام فى الحلال والحرام ، حقائق المعرفة ، الظاهر فى أصول الفقه ، العمدة ، وغيرها .

الإمامية :

١٥١ — مما يذكر للإمام السابع من أئمة الشيعة الإثنى عشرية ، وهو موسى الكاظم المتوفى فى سجن بغداد عام ١٨٣ هـ — ٧٩٩ م ، أجوبة على مسائل قدَّمها إليه أخوه على بن جعفر بن محمد بن على بن الحسين ، الذى كان مقيما بالعُرَيض بجوار المدينة . ويقال بأن لهذا الأخير كتابا مشهوراً بعنوان : فى الحلال والحرام ، ورد فى روايتين ؛ إحداهما مرتبة على أبواب ، والأخرى خالية من الترتيب (١) .

ونسب كتاب فى الفقه إلى إبنه أبى الحسن على الرضا الإمام الثامن ، وهو صهر الخليفة المأمون العباسى إذ زوّجه المأمون ابنته ، وقد توفى عام ٢٠٢ هـ — ٨١٧ م أو عام ٢٠٣ هـ فى قول آخر . أنظر فقه الرضا ، طبع طهران عام ١٢٧٤ هـ ، صحيفة الرضا ، وهى مجموعة من الأحاديث جمعها فضل بن حسن الطَّبَرْسى وطبعت على الحجر فى لَكْنُو عام ١٨٨٣ م ، وكشف الحجب وكتب الرجال ، التى نسبت له كتباً أخرى .

١٥٢ — وكان المؤسس الحقيقى لفقه الإمامية فى إيران ، هو محمد بن الحسن ابن فرُّوخ الصَّفار الأعرج ، أبو جعفر القُمِّى ، المتوفى عام ٢٩٠ هـ — ٩٠٣ م . وله من الكتب : كتاب بصائر الدرجات فى علوم آل محمد وما خصهم الله به ، فى الحديث . وبعده كان أبو سَهْل إسماعيل بن على النَّوبَخْتى ، وكان رأس الشيعة ببغداد فى عهد الخليفة المقتدر العباسى ، كما كان صديقاً للوزير على بن عيسى ، وقد توفى عام ٣١١ هـ — ٩٢٣ م .

ويُذكر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكُلينى الرازى على أنه مجدد لفقه الإمامية فى أوائل القرن الرابع ، وقد توفى عام ٣٢٨هـ — ٩٣٩م . وله من الكتب الكافى فى علم الدين ، وهو أحد أربعة كتب تُعدّ أصول كتب الشيعة ، ويحتوى

---

(١) أنظر كتاب الرجال للنجاشى ص ١٧٦ ، منتهى المقال ص ٢٠٩ ، كشف الحجب ص ٥١٠ ، مسائل بوهار ص ١٧٩ .

على ١٦٠٠٠ حديث ، ويوجد فى مكتبات كثيرة ومنه نسخة بالقاهرة ، كما طبع فى لكنو وطهران بالحجر ، وله شروح مختلفة .

١٥٣ — وكان النُّعمان محمد بن منصور بن أحمد بن حيان مالكياً فى أول عهده ، ثم انضم إلى الشيعة الإمامية ، وجاء مع الخليفة المعِزّ لدين الله الفاطمى (المتوفى عام ٣٦٥ هـ — ٩٧٥ م) من إفريقية إلى مصر وتولى بها منصب القضاء ، وتوفى عام ٣٦٣ هـ — ٩٧٤ م[1] .

وله من الكتب ، فضلا عن بعض مؤلفات فى الفقه والكلام على مذهب الإمامية ، كتاب شرح الأخبار فى فضائل النبى المختار وآله المصطفين الأخيار من الأئمة الأطهار ، وقد أهداه إلى المعز الفاطمى المذكور .

١٥٤ — وظهر فى هذا العصر أيضاً ، أبوجعفر محمد بن على بن الحسين بن بابويه القُمِّى الصدوق ، وكان أبوه شيخ الشيعة فى قُم . وقد اتصل هو بِرُكن الدولة البُوَيْهى فى بغداد الذى انتفع بمذهبه الإمامى فى سياسته ، وقد توفى بالرَّى عام ٣٨١ هـ — ٩٩١ م أوعام ٣٩١ هـ . وله كتب كثيرة ، نذكر منها :

(١) معانى الأخبار = جامع الأخبار .

(٢) عيون أخبار الرضا .

(٣) كتاب من لا يحضره الفقيه ، مجاراة الكتاب : من لا يحضره الطبيب للرازى ، وهو أحد الكتب الأربعة التى اشتهرت فيما بعد ، إلى جانب كتاب الكافى للكلينى ، والاستبصار ، وتهذيب الأحكام وكلاهما للطوسى .

(٤) علل الشرائع والأحكام .

(٥) المقنع ، فى الجوامع الفقهية .

---

(١) انظر ترجمته فى وفيات الأعيان لابن خلكان ، جـ ٢ : ٢٤٦ — ٢٥١ ، وفيها أنه ابن حيون لا حيان . وتذكر نحن أن من كتبه القيمة « دعائم الإسلام » ، وقد نشر الجزء الأول منه هذا العام (١٩٥٢) بدار المعارف بالقاهرة ، وكتبنا كلمة تقدماً له بمجلة الكتاب جزء يونيه سنة ١٩٥٢ .

(٦) كتاب الأمالى فى الحديث والأخبار .

١٥٥ — ثم نبغ بعد هؤلاء جميعاً ذو المجدين علم الهدى الشريف المرتضى ، أبو القاسم على ابن الطاهر ذى المناقب أبى على الحسين ن موسى بن محمد بن موسى ابن ابراهيم بن موسى الكاظم بن جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين ابن الحسين بن على بن أبى طالب . وقد ولد فى رجب عام ٣٥٥ هـ — يوليه ٩٦٧ م ، وكان نقيب العلويّين ببغداد ، وتوفى عام ٤٣٦ هـ — ١٠٤٤ م . وله من الكتب :

(١) كتاب الغُرَر والدُّرَر ، أو غرر الفوائد ودرر القلائد فى المحاضرات ، ويسمى غلطا بالأمالى ، وهو يشتمل على مسائل تتفق أيضاً مع مذهب الإسماعيلية والمعتزلة ، وأغلبها يجىء بمناسبة آية من القرآن أو حديث ، مع كثير من البحوث اللغوية .

(٢) مسائل ، ومنها رأى الشيعة فى إعجاز القرآن .

(٣) كتاب الشهاب فى الشيب والشباب .

(٤ ، ٥) ديوان شعر ، نهج البلاغة .

(٦) الشافى فى الإمامة ، وهو دفاع عن مذهب الشيعة فى الإمامة رداً على القاضى الشافعى عبد الجبار .

(٧ ، ٨) المسائل الناصرية ، تثبيب الأنبياء .

(٩) الانتصار ، فى ذكر الفروق بين الشيعة وغيرها من المذاهب .

(١٠) تفسير القرآن على وجه الإجمال من كلام سيد المؤمنين على بن أبى طالب .

(١١ ، ١٢) جواب المسائل الميّافارِقيّة ، جواب المسائل الدَّيْلمية .

(١٣ ، ١٤) تنزيه الأنبياء ، إنقاذ البشر من القضاء (الجبر) والقدر .

(١٥) منهاج البلاغة .

١٥٦ — ونذكر بعد النعمان هذا ، أبا جعفر محمد بن الحسن الطوسى شيخ الطائفة ، وتلميذ الشيخ المفيد محمد بن محمد النعمان . وقد جاء إلى العراق عام ٤٠٨ هـ

١٠١٧ م ، ثم رجع إلى النجف ، وتوفى عام ٤٥٩ هـ — ١٠٦٧ م أو عام ٤٦٠ هـ بالكوفة . وله كتابات كثيرة ومنها[١] .

(١) عدة الأصول ، وهو قسمان : أصول الدين ، وأصول الفقه .

(٢ ، ٣) الفصول فى الأصول ، تهذيب الأحكام .

(٤ ، ٥) الحل والعقد فى العبادات ، جُمَل العقود .

(٦ ، ٧) التِّبْيان فى تفسير القرآن ، الأمالى فى الحديث .

(٨ ، ٩) نهاية الفقه ، الخلاف فى الفقه .

(١٠) فهرست كتب الشيعة .

١٥٧ — ونبغ فى القرن الخامس رَضِىُّ الدين أبو على الفضل بن الحسن أمين الدين الطَّبْرسى ، وقد عاش أولا فى مَشْهد ثم انتقل عنها إلى بلد آخر حيث توفى عام ٥٤٨ هـ — ١١٥٣ م أو عام ٥٥٢ هـ — ١١٥٨ م ، وله كتابات كثيرة نذكر منها :

(١) مجمع البيان فى علوم القرآن[٢] .

(٢) جوامع الجامع فى تفسير القرآن[٣]

(٣) الاحتجاج على أهل اللجاج .

(٤) إعلام الورى بأعلام الهدى .

(٥) التمهيد فى الأصول .

وأخيراً نختم هذا البحث بذكر نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى بن سعيد أبى القاسم الهُذَلى الحِلِّى المحقق الأول . وقد ولد عام ٦٠٢ هـ — ١٢٠٥ م فى الحِلَّة بالعراق ، وتوفى على الأصح عام ٦٧٦ هـ — ١٢٧٧ م وله من الكتب :

---

(١) راجع ترجمته فى وفيات الأعيان ، حـ ٢ : ٢ — ٥ . وفيه أن له كتابا فى معانى القرآن الكريم ، وآخر فى مجازات القرآن ، وكلاهما يتعذر وجود مثله . وفيه أيضا أن ديوان شعره كبير يدخل فى أربعة مجلات .

(٢) من أجل الكتب فى التفسير ، وطبع مرات فى الهند وصيدا بلبنان وغيرهما .

(٣) كتاب جليل فى التفسير ، ومنه نسخة مخطوطة جيدة بمكتبة الأزهر
وذكر صاحب كتاب تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، ص ٣٤٠ ، أن اسمه مجمع الجوامع ، وأنه طبع حديثا بإيران .

(١) كتاب شرائع الإسلام .

(٢) سِحْر بابل وسَجْع البلابل .

(٣) مسائل مصرية .

(٤) مسائل بغدادية .

(٥) معراج الأصول .

(٦) رسالة فى محاسبة النفس .

مذاهب اندثرت

١٥٨ — كان من حظ المذاهب ، التى عرّفنا بها و بأصحابها وأصولها[١] ، أن وجد لها من التلاميذ والأنصار من قاموا عليها بالدرس والتأليف ، فلا تزال قائمة معمولا بها حتى اليوم و إلى ما شاء الله تعالى .

لكن تاريخ الإسلام والفقه والعلوم الإسلامية ، حفظ لنا مذاهب كثيرة أخرى لم يقدّر لها الدوام ، ومنها مذاهب أصيلة جليلة كان من حقها — لو وجدت أنصاراً — أن تخلد مثل غيرها من المذاهب المعروفة السنية والشيعية . ونحن هنا نشير إلى بعضها ؛ فالإحاطة بها ليست فى وسعنا ، كما أن ذلك غير مطلوب لنا فيما قصدنا إليه ، وهى :

١٥٩ — ١) أبو عمرو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعى الدمشقى ، إذ ولد بدمشق ونشأ بها ، وإن كان سكن آخر عمره بيروت ومات بها عام ١٥٧ هـ ، وهو « إمام عصره عموماً و إمام أهل الشام خصوصاً » كما يروى الذهبى[٢] . وكان من الفقهاء الذين يكرهون القياس ولا يقدمون على الحديث شيئاً ، حاشا القرآن . ولذلك

---

(١) تكلمنا عن هذه المذاهب بإيجاز ، راجعين مع ذلك إلى المراجع الأصلية الأولى . ومن الخير الكثير لمن يريد البسطة فى العلم بهذه المذاهب أن يرجع لهذه المصادر ، وللكتب الأربعة القيمة التى كتبها عن أبى حنيفة والشافعى ومالك وابن حنبل صديقنا وزميلنا العالم الجليل الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، زاده الله توفيقاً .

(٢) تذكرة الحفاظ ، حـ ١ : ١٦٩ . ويذكر ابن خلكان (حـ ١ : ٣٨٩) أنه لم يكن بالشام أعلم منه .

كان يوصى باتباع السنة ولزوم الجماعة ، ويقول : « إذا بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره ، فإنه كان مُبَلِّغاً عن الله » ، كما جاء بتذكرة الحُفَّاظ ص ١٧٠ .

وكان رحمه الله ورعا دِّينا لا يخاف فى قول الحق شيئاً . يروى الذهبى أن عبد الله ابن على عم السفاح الخليفة العباس الأول قدم الشام بعد أن قتل بنى أمية ، واستدعى الأوزاعى وسأله عن دماء بنى أمية ، فقال له دماؤهم عليك حرام ، فغضب وقال : لم ؟ فأجابه لأن الرسول قال لا يحل دم امرء مسلم إلا بإحدى ثلاث : ثيب زان ، ونفس بنفس ، وتارك لدينه . فقال الأمير : ويحك ! أليس الأمر (يريد الخلافة) لنا ديانة ؟ قلت : كيف ذاك ؟ قال أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى لعلىّ ؟ قلت : لو أوصى إليه ، لما حكم الحكمين ! وهنا يشتد غضب الأمير ، حتى ليتوقع الأوزاعى أن يسقط رأسه بين يديه ، ولكن الأمير يشير إليه بالخروج ويتبعه برسول معه دنانير له فيفرقها قبل أن يدخل بيته[١] .

هذا ، وقد « كان أهل الشام ، ثم أهل الأندلس[٢] ، على مذهب الأوزاعى مدة من الدهر ثم فنى العارفون به وبقى منه ما يوجد فى كتب الخلاف[٣] » . ومعنى ذلك ، أن هذا المذهب ، ضعف أمره حتى ذهب أمام مذهب الشافعى بالشام ومذهب مالك بالأندلس ، وكان هذا فى القرن الثالث .

١٦٠ — ٢) أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثورى الكوفى ، المتوفى عام ١٦١ﻫ على الأصح . كان من الأئمة المجتهدين بإطلاق ، جمع بين الأمانة فى علم الحديث وغيره من العلوم . وفيه يروى ابن خلكان[٤] ، أنه يقال : « كان عمر بن الخطاب فى زمنه رأس الناس ، وبعده عبد الله بن عباس ، رضى الله عنهما ، وبعده

---

(١) بتصرف عن تذكرة الحفاظ ، حـ ١ : ١٧٠ — ١٧١ .
(٢) حمله إليها أعقاب الأمويين الذين ذهبوا إليها من الشام بعد ذهاب دولتهم .
(٣) تذكرة الحفاظ ، ص ١٧٢ .
(٤) وفيات الأعيان ، جـ ١ : ٢٩٦ .

الشّعبي[1] ، و بعده سفيان الثورى » . إلا أن مذهبه لم يكثر أتباعه ولم يطل تقليده ، بل انقطع عن قريب[2] .

١٦١ — ٣) أبو الحارث الليث بن سعد الفهمى المتوفى عام ١٧٥ هـ .
ترجمه الخطيب البغدادى ، فى شىء من الطول[3] ، ترجمة نفهم منها أنه كان فقيه أهل مصر ، وأن الإمام مالك بن أنس أفاد منه كثيراً من العلم والفقه ، حتى أنه يعنيه دائماً بقوله : « وأخبرنى من أرضى من أهل العلم » . وكذلك يذكر أنه كان رجلا سريا نبيلا ذا ثراء كثير يصل به إخوانه وذوى الحاجات ، فلم تجب عليه زكاة قط مع أن دخله فى العام الواحد كان آلاف الدنانير !

وكان لليث جدل ومراسلات علمية مع مالك ، وربما كان له الفلج فى كثير منها ، ولعل أهم ما كان يدور عليه الجدل مايراه مالك من الاحتجاج بعمل أهل المدينة حتى ربما ترك الحديث لايجد له مؤيداً من عمل هؤلاء . وقد حفظ لنا ، فى هذه الناحية ، العلامة ابن القيم رسالة من فقيه مصر لإمام المدينة ؛ وهى رسالة تعتبر بحق مثلا أعلى لتراسل العلماء ، وإجلال بعضهم لبعض ، وجدلهم فى سبيل الحق وحده[4] .

وفى الموازنة بين الليث ومالك ، نرى ابن خلكان يذكر أن الشافعى قال : « الليث بن سعد أفقه من مالك ، إلا أن أصحابه لم يقوموا به » . ثم ذكر بعد ذلك أن الإمام مالكا كان يستلهم إجابته عن المسائل فى الفقه زميله فقيه مصر[5] .

١٦٢ — ٤) أبو سليمان داود بن على الأصفهانى الظاهرى المتوفى عام ٢٧٠ هـ

---

(١) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل المتوفى عام ١٠٤ على أصح الأقوال .
(٢) الديباج المذهب ، ص ١٣ .
(٣) تاريخ بغداد ، جـ ١٣ : ٣ وما بعدها .
(٤) إعلام الموقعين ، جـ ٣ : ٧٢ وما بعدها .
(٥) وفيات الأعيان ، جـ ١ : ٦٢٥ . وانظر ترجمته أيضا فى تذكرة الحفاظ للذهبى جـ ١ : ٢٠٧ وما بعدها ، وشذرات الذهب لابن العماد جـ ١ : ٢٨٥ .

هو شيخ أهل الظاهر ، وواضع أساس هذا المذهب الذى انتصر له من بعد ، وأعلى بنيانه ، على بن سعيد بن حزم الأندلسى المتوفى عام ٤٥٦ هـ ، وذلك بما ألف من كتب كلها لها خطرها . ومن أهم هذه الكتب : كتاب « المحلى » فى الفقه ، و « الإحكام فى أصول الأحكام » فى أصول الفقه ، وكلاهما كتاب ضخم جليل ومتداول بين أيدينا .

وأساس مذهب داود العمل بظاهر القرآن والسنة ، ما دام لم يقم دليل على إرادة غير الظاهر ، ثم — عند عدم النص[١] — يأخذ بالإجماع بشرط أن يكون إجماع علماء الأمة جميعاً ، وهيهات أن يتحقق هذا الشرط فكأنه رفض الرجوع للإجماع . أما القياس أو الرأى ، والاستحسان ، وما إلى ذلك كله ، فيرفضه جميعاً ولا يعتبر شيئاً منه دليلا مع أدلة الأحكام .

من أجل ذلك ، يجد الباحث فى الفقه الظاهرى تضييقاً غير قليل على الناس ، وبخاصه فى المعاملات التى تجرى بين الناس كل يوم ، كما يجد فيه آراء خالفت كل ما عليه جماهير الفقهاء المعروفين[٢] . وحسبنا أن نعلم أن الظاهرية يرون أن كل عقد أو شرط لم يثبت بنص أو إجماع يكون غير صحيح ، مستدلين بظاهر قول الرسول : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو ردّ » ولهذا ، نرى ابن حزم ، بعد أن رضى هذا الحديث وفهمه على النحو الذى أراد ، يقول : « فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه[٣] » .

ومهما يكن ، فقد كان داود حافظاً من حفاظ الحديث ، فقيهاً مجتهداً صاحب

---

(١) إنه يرى أن نصوص الكتاب والسنة كافية لكل ما تحتاج من أحكام .

(٢) ومن هذه الآراء ، أن نفقة الزوج المعسر تجب على زوجته الغنية (المحلى ، جـ ١٠ : ٩٢) لأنها ترثه فعليها النفقة بنص القرآن .

ولا شك أن هذا رأى طريف فيه خير كثير من الناحية الاجتماعية ، ولا ينافى روح الشريعة الإسلامية .

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام ، جـ ٥ : ٣٢ .

مذهب مستقل — بعد أن كان شافعياً — تبعه فيه جمع كثير ، و إليه انتهت فى زمنه رياسة العلم ببغداد[١] ومع هذا ، فإن مذهبه لم يبق طويلا ، فقد أخذ فى الاضمحلال فى القرن الخامس ، ثم انقرض تماماً فى القرن الثامن وليس له من أثر الآن إلا فى الكتب .

١٦٣ — ٥) أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى ببغداد عام ٣١٠ هـ . وهو ، كما يقول ابن النديم ، : « علامة وقته و إمام عصره وفقيه زمانه » ، وكان مع هذا محدثاً جليلا ومؤرخاً عظيما ومفسراً مشهوراً ، أى أنه : « كان متفنناً فى جميع العلوم : علم القرآن والنحو والشعر واللغة والفقه كثير الحفظ »[٢] .

وقد أخذ فقه الشافعى عن الربيع بن سليمان بمصر وعن غيره ببغداد ، وفقه مالك عن بنى عبد الحكم وغيرهم ، وفقه أهل العراق عن أبى مقاتل بالرّى . إلا أنه مع هذا ، لم يكن مقلداً لأحد من هؤلاء ، بل كان من الأئمة المجتهدين ، وله أتباع فى مذهبه[٣] .

وله مؤلفات كثيرة لا يزال عدد غير قليل منها بين أيدينا[٤] . ومن هذه المؤلفات كتاباه فى التاريخ والتفسير وكلاهما موسوعة علمية قيمة لهما كبير الخطر وعظيم الأثر . وكتاب اختلاف الفقهاء ، وقد نشر القطعة الباقية منه المستشرق الألمانى فريدريك كرن سنة ١٩٠٢ بمصر ؛ وهو كتاب قيم يرينا صوراً طيبة من اختلافات الفقهاء واحتجاج كل لرأيه ومذهبه ، و يزيد فى قيمته أنه حفظ لنا أقوال كثير من الفقهاء الذين اندثرت مذاهبهم فلم يبق منها إلا ما يجئ فى كتب الخلافات .

* * *

(١) ابن خلكان ، حـ ١ : ٢٤٧ ؛ الذهبي ، حـ ٢ : ١٣٦ ؛ طبقات الشافعية لابن السبكى ، حـ ٢ : ٤٢ وما بعدها . وانظر فى ثبت مؤلفاته ، الفهرست ص ٣٠٣ — ٣٠٥ .

(٢) الفهرست ص ٣٢٦ — ٣٢٧ .

(٣) الفهرست ، ص ٣٢٦ ؛ وفيات الأعيان ، حـ ١ : ٦٥١ ؛ تذكرة الحفاظ حـ ٢ : ٢٥١ .

(٤) انظر فى هذا ، الفهرست ص ٣٢٧ — ٣٢٩ ؛ تذكرة الحفاظ ، حـ ٢ : ٢٥١ — ٢٥٣ ؛ مفتاح السعادة ، حـ ٢ : ١٧٦ .

و بعد ! من هذه المذاهب ، ما اندثر منها وما خلد ، نعرف أى ثروة لنا فى الفقه الإسلامى، وهى لاتحتاج إلا لتضافر العاملين على معرفتها وتجليتها للناس والإفادة منها ! و إن فيها ما يغنينا عن الالتجاء دائماً لفقه الأمم الأخرى نستمد منه فى تشريعاتنا وقوانيننا . فهل تصدق منا النية ، ويحسن العمل ؟ ذلك ما نرجوه ، والله هو المستعان الموفق للخير .

٥ — أصول الفقه أو مصادره

١٦٤ — هذه الأصول أو المصادر عديدة ؛ فجمهور الذين كتبوا فى علم « أصول الفقه » يجعلونها أربعة ، وهناك من جعلها عشرة ، ومن زاد فيها حتى جاوز بها العشرة إذ جعلوا منها ما هو موضع خلاف بين الأئمة والفقهاء .

ولعل من الحق أن نقرر أن بعضها يتداخل فى بعض ، وأنها لذلك ترجع إلى أربعة فى رأى أكثر علماء الأصول ، وهى : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس . على أن أبا عبد الله الخوارزمى المتوفى عام ٣٨٧ هـ ، وهو ممن كتب فى مبادىء العلوم وكلياتها ، يقول بأن أصول الفقه المتفق عليها ثلاثة : الكتاب والسنة والإجماع ، والمختلف فيها ثلاثة : القياس ، والاستحسان والاستصلاح[(١)] . والقياس قال به جمهور العلماء غير داود بن على الأصفهانى ومن تبعه ، والاستحسان تفرد به أبو حنيفة وأصحابه ولذلك سموا أصحاب الرأى ، والاستصلاح تفرد به مالك ابن أنس وأصحابه[(٢)] .

وسنتكلم ، بإيجاز ، عن كل من هذه المصادر أو الأصول الهامة وهى : الكتاب السنة ، الإجماع ، القياس ، الاستحسان ، والمصالح المرسلة . فهذه هى مصادر الأحكام الفقهية التى يكثر ذكرها فى كتب الأصول ، والتى رجع إليها أئمة الفقه ورجاله الأعلام فى استنباط الأحكام الشرعية .

---

(١) ويسمى المصالح المرسلة .

(٢) مفاتيح العلوم ، ملخصا بحروفه ، ص ٧ — ٩ .

الكتاب والسنة

أ – الكتاب :

١٦٥ – هو كلام الله تعالى الذى نزل به الروح الأمين على قلب محمد بن عبد الله ، ليكون من المنذرين ، بلسان عربى مبين[١] ، فكان حجة له من الله على أنه رسوله للعالمين كافة وهو المكتوب بين دفتى المصحف ، المبدوء بالفاتحة ، والمختتم بسورة الناس .

والله تعالى شاءت حكمته أن يوحى من قبل إلى أنبياء ورسل كثيرين ، منهم من قص أنباءهم علينا فى القرآن ، ومنهم من لم يقصص علينا شيئاً من أخبارهم وأحوالهم ، إلا أنه ما من أمة إلا جاءها نذير من لدنه جل وعلا .

إلا أن كتاب الإسلام الذى رضيه ديناً لنا وللعالمين جميعاً ، له خصائصه التى امتاز بها عن كتب الله السابقة عليه . ومن هذه الخصائص أنه نزل إلى الرسول من لدن الله بمعانيه وألفاظه العربية ، وهذا ثابت من القرآن نفسه الذى يصرح فى أكثر من آية بأنه نزل بلسان عربى مبين . وهذه الخصيصة كما تميزه عن وحى الله لأنبيائه الذين مضى بهم الزمن قبل الرسول ، تميزه عن أحاديث الرسول نفسه ، إذ معانى هذه الأحاديث ملهمة له من الله ويعبر عنها الرسول بألفاظ من عنده .

ومن هذه الخصائص أيضاً ، اشتماله على نظام كامل للدين والدنيا ، بما شمل من تشريعات للفرد والمجتمع والعالم كله فى كل الحالات[٢] . وكذلك اختص القرآن بأنه قد نقل إلينا بطريق التواتر الذى يفيد العلم والقطع به ، جيلا بعد جيل ،

---

(١) اقتباس من آيات ١٩٢ — ١٩٥ من سورة الشعراء المكية .

(٢) هذه التشريعات أحكام فى العقيدة وأخرى فى الأخلاق ، ثم أحكام للعبادات وللمعاملات ، وهذا القسم الأخير يشمل كل أقسام القانون التى يعرفها هذا العصر الحديث : الأحوال الشخصية ، المدنى ، الجنائى ، الدستورى ، الدولى . . . الخ وقد أشرنا إلى شىء من ذلك من قبل ص ٢٧ .

لم ينله أى تحريف أو تغيير ، حتى صار محفوظاً فى صدور كثير من المسلمين ، و بذلك صدق قوله تعالى : « إنا نحن نزّلنا الذكر و إنا له لحافظون »[١] .

١٦٦ — هذا ، ومهما شرطنا على نفسنا الإيجاز فى هذا البحث ، فإنه ينبغى أن نشير إلى أمور :

ا) القرآن و إن كان أساس الشريعة وأصلها الأول ، لم يدل على الأحكام التشريعية الفقهية فى غالب الأمر إلا على نحو كلى عام ، لا جزئى خاص . ومن ثم كانت الحاجة للرسول وسنته بجانبه كما ذكرنا من قبل ، وفى هذا يقول الله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نُزّل إليهم »[٢] .

ب) نصوص القرآن كلها قطعية الثبوت لا ريب فى صحتها ، لوصولها إلينا بطريق التواتر كما قلنا . إلا أن دلالة هذه النصوص على الأحكام ، قد تكون دلالة قطعية ، لعدم احتمال النص إلا تفسيراً واحداً ، كما فى آيات المواريث وآيات الحدود وقد تكون دلالة النص دلالة ظنية لا يقطع بها ، لاحتماله أكثر من تفسير بسبب ما اشتمل عليه من لفظ عام أو مشترك أو مطلق ومن مثل ذلك ، قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة[٣] » ؛ فإن لفظ الميتة عام يشمل ميتة البرّ وميتة البحر ، فهل المراد ذلك كله ؟ أم المراد ميتة البر أو البحر فقط ؟ ومن هنا كانت دلالة هذا النص على المراد ظنية ، فجاءت السنة و بينت أن المراد بالتحريم ميتة البر لا البحر ، إذ قال الرسول عن البحر : « هو الطهور ماؤه الحلُّ ميتته »

حـ) كان من أحكام القرآن ، فى العبادات والمعاملات . ما نزل تدريجياً تبعاً لحاجة الزمن وطاقة النفس الإنسانية ، ولذلك وقع فى القرآن نسخ حكم بآخر ، وفى هذا يقول الله تعالى : « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها »[٤] .

---

(١) سورة الحجر ك ١٥ : ٩ .
(٢) النحل ك ١٦ : ٤٤ .
(٣) المائدة م ٥ : ٣ .
(٤) البقرة م ٢ : ١٠٦ .

١٦٧ — والنسخ فى القرآن من الموضوعات الهامة التى عُنى ببحثها علماء أصول الفقه ، وفيها مسائل عديدة مختلفة ليس هنا موضع بيانها . ولكن ، نرى أن نعرض بعض هذه المسائل ، من باب التعداد ، لا من ناحية البحث والتحليل و بيان الرأى الصحيح .

١) نسخ آية من القرآن بأخرى منه ، أمر لا خلاف فيه ، إنما الخلاف فى جواز نسخ القرآن بالسنة أو بالإجماع . يرى جمهور الفقهاء أن هذا جائز ، على حين يرى الشافعى و بعض الفقهاء عدم جوازه . وفى هذا يقول الإمام سيف الدين الآمدى الشافعى المتوفى عام ٦٣١ هـ : « قطع الشافعى وأكثر أصحابه وأكثر أهل الظاهر ، بامتناع نسخ الكتاب بالسنة المتواترة ، و إليه ذهب أحمد بن حنبل فى إحدى الروايتين عنه وأجاز ذلك جمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة ، ومن الفقهاء مالك وأصحاب أبى حنيفة . . . »[1] .

وكما اختُلف فى نسخ حكم من القرآن بالسنة ، اختُلف فى جواز نسخه بالإجماع و إن المختار هنا . عدم جوازه وهو رأى الأكثرين ، أما الأقلون فقد أجازوه[2] ، ومن هؤلاء ابن حزم بشرط أن يكون الإجماع منقولا عن النبى نفسه صلى الله عليه وسلم[3] . ونعتقد أنه لو أجيز نسخ حكم قرآنى بالإجماع من غير قيد ، لرأينا الكتاب عرضة فى أحكامه للتغيير والتبديل ، وهذا مالا يرضاه المسلمون بحال .

٢) هناك من أحكام القرآن مالا يدخله النسخ مطلقاً ، ومُثل ذلك كثيرة . منها ما يتعلق بالاعتقاد ، كوجوب الإيمان بالله واليوم الآخر ؛ ومايتعلق بالأخلاق

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام ، حـ ٣ : ٢١٧ . وبعد ذلك أخذ يتكلم عن المذهبين وحجة كل منهما وراجع « الرسالة » للشافعى ص ١٧ ؛ الأحكام لابن حزم ، حـ ٤ : ١٠٧ وما بعدها ، حيث يتبين أنه يخالف الشافعى فى رأيه . وانظر المستصفى للغزالى الشافعى ، حـ ١ : ١٢٤ — ١٢٥ ، حيث يتكلم عن جواز نسخ القرآن بالسنة ووقوعه فعلا وعن خلافه للشافعى .

(٢) انظر الإحكام للآمدى، حـ ٣ : ٢٢٩ — ٢٣١ .

(٣) الإحكام ، حـ ٤ : ١٢٠ .

كالأمر بالصدق وبر الوالدين والإحسان للجار ، ونحو ذلك كله من الفضائل ، وكالنهى عن أضدادها من الرذائل .

والضابط للأمر أن كل ما هو حسن فى كل زمان ومكان ، بلا ريب ، لا يقبل النسخ ؛ وما يختلف باختلاف الأمم والبيئات والعُصُر ، هو الذى يجوز أن يرد عليه النسخ ، تبعاً لحكمة الله العليم الخبير على أن هذا هو رأى المعتزلة فى حين يرى أهل السنة أن كل حكم شرعى قابل للنسخ[1] .

٣) مع الاتفاق ، كما رأينا ، على وقوع النسخ فى القرآن ، اختلف العلماء فى عدد الآيات التى وقع فيها النسخ فعلا ، وكان منهم المكثر والمقِلّ . ومن هؤلاء الإمام جلال الدين السيوطى المتوفى عام ٩١١ هـ فقد أفرد هذه المسألة بالبحث والتأليف ، وانتهى إلى أن الآيات المنسوخة عشرون آية ، ثم ذكرها جميعاً هى والآيات أو الأحاديث الناسخة لها[2] .

ب — السنة :

١٦٨ — هى ما صدر عن الرسول من قول أو فعل أو تقرير ، ومعنى التقرير أن يقول أو يفعل بعض الصحابة شيئاً بمحضر الرسول فيسكت عنه أو يستحسنه ، فيعتبر هذا وذاك موافقة له عليه . وقد يبلغ الرسول ذلك عن صحابى غائب عن مجلسه ، فيُقِرُّه عليه فيكون هذا موافقة له أيضا على ما قال أو فعل .

وقد بدأ جمع السنة وتدوينها فى العصر العباسى ، ثم كثرت فيها المؤلفات التى أشرنا فيما مضى إلى أكبرها قيمة وأعظمها حظا من الدقة والتمحيص ، وهى الكتب الستة المعروفة .

ولا نزاع فى أن السنة حجة فى التشريع بجانب القرآن ، وقد يؤخذ هذا من

---

(١) المستصفى للغزالى ، حـ ١ : ١٢٢ .
(٢) الإتقان فى علوم القرآن ، حـ ٢ : ٢٢ — ٢٣ .

آيات كثيرة من القرآن . منها قوله : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »[١] وقوله : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول »[٢] ، وقوله : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما »[٣] .

١٦٩ — ومنزلة السنة من الكتاب أنها تجيء بعده فى الاحتجاج بها وتعرف الأحكام الفقهية منها ، فلا يصار إليها إلا عند عدم نص من القرآن يفى بما نريد ، وهكذا كان الصحابة والفقهاء يعملون دائماً .

وكانت السنة كذلك ، لأن القرآن مقطوع به كله ، أما هى فمنها المقطوع به كالأحاديث المتواترة ، ومنها ماليس كذلك كالأحاديث المشهورة أو خبر الآحاد منها . لكن المقطوع به من الأحاديث لا يبلغ فى اليقين مبلغ القرآن بطبيعة الحال . ثم السنة تعتبر كالتفسير والبيان للقرآن ، وما كان كذلك يكون تالياً فى الرتبة والمنزلة .

١٧٠ — على أننا قد ذكرنا من قبل ، أن الرسول قد أتى بتشريعات ليست فى القرآن نصا ، إلا أنه استلهمها بلا ريب من روح التشريع السارية فيه ومبادئه ، وذلك بطريق الاجتهاد والقياس . وكذلك ذكرنا ، بإجمال فيما سبق ، شيئاً عن اجتهاد الرسول فيما لم يتلق فيه وحيا من السماء ، وعن رسالته أو عمله بصفة عامة بجانب القرآن .

بقى ، بعد ماتقدم ، أن نذكر أن الفقهاء ليسوا على رأى واحد فيما يختص بأحاديث الآحاد والأحاديث المشهورة ، أى فيما سوى الأحاديث المتواترة الصحيحة المقطوع بها ، وقد بينا ذلك عند بحث المذاهب الفقهية للأئمة الأربعة ، فيحسن الرجوع إليه .

---

(١) سورة الحشر م ٥٩ : ٧ .
(٢) النساء م ٤ : ٥٩ .
(٣) النساء م ٤ : ٦٥ .

١٧١ — وأيضاً ، فإن الشيعة ، كما تقدم ، لا يعترفون بكتب الحديث الذى اعتمدها أهل السنة ، إذ أنهم لا يعترفون إلا بما رواه أئمتهم هم ورجالاتهم من الأحاديث أو الأخبار كما يسمونها ، وأشهر مجاميعها لديهم هى[1] .

ا) الكافى ، لمحمد بن يعقوب الكلينى المتوفى عام ٣٢٨ أو ٣٢٩ هـ .

ب) من لا يحضره الفقيه لأبى جعفر محمد بن على بن بابويه القمِّى ، المتوفى عام ٣٨١ هـ .

حـ) تهذيب الأحكام لأبى جعفر محمد بن الحسن الطوسى ، المتوفى عام ٤٦٠ هـ

د) الاستبصار فى أحاديث الأحكام ، لهذا المؤلف نفسه .

هـ) بحار الأنوار لمحمد المعروف بباقر المجلسى ، المتوفى عام ١١١٠ هـ

و) الوافى لمحمد بن مرتضى المدعو محسن الكاشانى والملقب بالفيض ، وقد توفى عام ١٠٩١ هـ .

ز) وسائل الشيعة إلى تحصيل أحاديث الشريعة ، وهو مرتب على أبواب الفقه لمحمد بن الحسن الشامى المَشَغْرى ، وقد توفى عام ١١٠٤ هـ

ومع اتخاذ الشيعة مراجع خاصة لهم فى الحديث ، فإن معرفتى بالحديث عندهم ، وإن كانت ضعيفة ، قد تجعل لى الحق فى القول بأن أكثر ما اعتمده أهل السنة من أحاديث الأحكام الفقهية يعتمده الإخوان الشيعة ، إذ رووها عن أئمتهم ورجالهم المعتمدين لديهم .

١٧٢ — وأخيراً نتكلم عن اعتبار السنة ناسخة تارة ، ومنسوخة تارة أخرى ، وبذلك يتم بحثنا الموجز لها .

رأينا فيما سبق أن جمهور الفقهاء ، عدا الشافعى و بعض الفقهاء معه ، على جواز نسخ السنة للحكم الثابت بالكتاب . والآن نقول بأن النسخ وقع فعلا فى السنة ،

---

(١) أنظر كتاب تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، ص ٢٨٨ — ٢٨٩ . وهناك كتب ومجاميع أخرى فى الحديث أيضا ، ذكرها المؤلف بعد تلك .

وأن هذا النسخ كان أحياناً بالقرآن وبسنة أخرى أحيانا . وفى هذا يقول الإمام الغزالى : « يجوز نسخ القرآن بالسنة والسنة بالقرآن ، لأن الكل من عند الله عز وجل فما المانع منه ؟ ... كيف ، وقد دل السمع على وقوعه » ! ثم أتى بعد هذا بمثل للنوعين ، وذكر خلاف الشافعى فى جواز نسخ السنة بالقرآن ورد عليه[1] .

هذا فى نسخ السنة بالقرآن . أما نسخ السنة بمثلها عن الرسول ، فهو متفق عليه بين الفقهاء جميعاً . وفى هذا يقول الإمام الآمدى : « واتفقوا أيضاً على جواز نسخ السنة المتواترة بالمتواترة منها ، ونسخ الآحاد منها بالمتواتر ، ونسخ الآحاد بالآحاد . كما روى أنه ، صلى الله عليه وسلم ، حرّم زيارة القبور بنهيه عنها ، ثم نسخ ذلك بقوله « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها » . وأما نسخ المتواتر منها بالآحاد ، فقد اتفقوا على جوازه عقلا ، واختلفوا فى وقوعه سمعا ؛ فأثبته داود وأهل الظاهر ، ونفاه الباقون »[2] .

وروى فى هذا أيضاً أن الرسول قال فى حق شارب الخمر : « إذا شرب الخمر فاجلدوه ، فإذا شرب الثانية فاجلدوه ، وإذا شرب الثالثة فاجلدوه ، فإذا شرب الرابعة فاقتلوه » . ثم حُمِل إليه من شرب للمرة الرابعة ، فلم يأمر بقتله ؛ ومعنى هذا أن قتل شارب الخمر للمرة الرابعة شرع بالسنة ، ثم نسخ بها .

حـ — الإجماع :

١٧٣ — بعد أن أورد الآمدى تعاريف للإجماع عند بعض العلماء ، ولم يرض واحداً منها ، ذكر بأن الحق فى تعريفه أن يقال : « الإجماع عبارة عن اتفاق جملة أهل الحلّ والعقد من أمة محمد فى عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع[3] »

---

(١) المستصفى ، حـ ١ : ١٢٤ — ١٢٥ . وانظر أيضاً الإحكام للآمدى ، حـ ٣ : ٢١٢ ؛ الأحكام لابن حزم ، حـ ٤ : ١٠٧ .

(٢) الإحكام ، حـ ٣ : ٢٠٨ — ٢٠٩ . وانظر عند أهل الظاهر ، الإحكام لابن حزم ، حـ ٤ : ١٠٧ .

(٣) الإحكام ، حـ ١ : ٢٨١ — ٢٨٢

وفى رأينا أنه لو قال : « جملة المجتهدين » بدل : « أهل الحل والعقد » ، وكان أحسن ؛ لأن العبرة فى الإجماع هو إجماع المجتهدين ، وليس كل من هو من أهل الحل والعقد مجتهداً .

على أن الإمام مالك بن أنس ، وكذلك الشيعة ، لم يشترطوا إجماع كل المجتهدين المسلمين ليكون الإجماع حجة فيما اجتمعوا عليه من الأحكام . بل ذهب الأول إلى اعتبار إجماع أهل المدينة وحدهم ، كما ذهب الآخرون إلى إجماع مجتهديهم وحدهم أيضاً ، لما يرونه من قول الرسول : « إنى تارك فيكم الثقلين[١] ، فإن تمسكتم بهما لن تضلوا ، كتاب الله وعترتى » ؛ وما دام الرسول قد قصر التمسك عليهما ، فلا تقف الحجة على غيرهما[٢] .

١٧٤ — فإذا تركنا هذين الرأيين ، واشترطنا إجماع كل المجتهدين من المسلمين ، هل يكون ذلك ممكناً ، أى هل من الممكن انعقاد إجماع على هذا الشرط ؟

يرى فريق من العلماء أن مثل هذا الإجماع لا يمكن تحققه فعلا ؛ لأنه يتعذر معرفة كل هؤلاء المجتهدين المتفرقين فى قارّات وأقطار مختلفة من العالم الإسلامى ، ومنهم من ليس معروفاً حتى يُسأل عن رأيه فى المسألة التى يراد معرفة آراء المجتهدين فيها[٣] . ولأنه ، على فرض معرفة كل المجتهدين فى بلاد الإسلام جميعها ، فإن معرفة هذه الآراء جميعها متعذر أيضاً للسبب السابق ؛ ولأن بعض هؤلاء المجتهدين قد يرجع عن رأيه الذى قرره ، قبل أن يتم لنا أخذ آراء الباقين . وفى هذا يقول ابن حنبل ، كما نقله ابن حزم[٤] . «وما يدعى الرجل فيه الإجماع هو الكذب ، من

(١) سماها ثقلين ، لأن العمل بهما ثقيل ، ويقال لكل خطير ثقل ، فسماها ثقلين إعظاما لقدرهما وتفخيما لشأنهما، النهاية ، حـ ١ ص ١٣١

(٢) أنظر فيما يختص بمالك ، الإحكام للآمدى ، حـ ١ : ٣٤٩ ؛ وفيما يختص بالشيعة ، المرجع نفسه ، ص ٣٥٢ — ٣٥٣ . وقد تناول ابن حزم رأى المالكية بالعرض والإبطال فى كتابه الإحكام ، انظر حـ ٤ : ٢٠٢ وما بعدها .

(٣) انظر بن حزم ، فى كتابه الإحكام جـ ٤ : ١٣٧ ؛ حيث يؤكد أن اجتماع جميع علماء الإسلام فى موضوع واحد ، حتى لا يشذ منهم أحد ، غير ممكن البتة .

(٤) الإحكام ، حـ ٤ فى موضع أنسيته ؛ وانظر الإحكام للامدى ، حـ ١ : ٢٨٤ .

ادعى الإجماع فهو كذاب . لعل الناس قد اختلفوا ، مايدريه ، ولم ينته إليه ! فليقل: لا نعلم الناس اختلفوا » .

وبجانب هؤلاء ، نرى الجمهور من العلماء الفقهاء على إمكان تحقق الإجماع ، بل على وقوعه فعلا ، ولهم في ذلك ما يستدلون به رداً على خصومهم المنكرين لذلك كله[١] ، مما لا نرى ضرورة إيراده هنا ،

١٧٥ — ونحن نكاد لا نتصور إمكان وقوع الإجماع على ذلك النحو ، للأسباب التى رأتها الطائفة من العلماء التى تخالف الجمهور ، وإن كنا نعتقد أن من الممكن ، فى هذا العصر الذى نعيش فيه ، أن يتحقق الإجماع فى بعض الأمور التى يهم المسلمين معرفة الحكم الشرعى فيها ؛ وذلك لسهولة الاتصالات بين الأقطار الإسلامية ، وبخاصة إذا عنيت الحكومات بتعيين من لهم حق الاجتهاد والإفتاء من علماء المسلمين فى كل بلد ، فيصير من الممكن تعرّف آراء هؤلاء المجتهدين فيما يطلب تقرير حكم شرعى فيه من المسائل والواقعات .

هذا ، وبالإجماع ، عند القائلين بإمكانه وتحققه ووقوعه فعلا ، لا يكون إلا عن دليل يستند إليه ، « فإن القول فى الدين من غير دلالة ولا إمارة خطأ[٢] » ، وقد يكون هذا الدليل هو القياس .

١٧٦ — أما الظاهرية ، الذين يرفضون القياس ولا يأخذون إلا بما ظهر لهم من نص الكتاب والسنة ، فلا يرون أن يكون مستند الإجماع دليلا آخر غير نص من هذين الأصلين ، وفى هذا يقول ابن حزم : « ولا يمكن البتّة أن يكون إجماع من علماء الأمة على غير نص من قرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم[٣] » . ومعنى ذلك ، أنهم يرفضون الأخذ بالإجماع كما يقول به الفقهاء الآخرون لعدم

---

(١) الإحكام للامدى ، ج ١ : ٢٨٤ وما بعدها ؛ المستصفى للغزالى ، ج ١ : ١٧٣ وما بعدها
(٢) الآمدى ، ج ١ : ٣٧٦ .
(٣) الإحكام ، ج ٤ : ١٢٩ .

إمكان تحققه ، على ما سبق ذكره ؛ بل الذى نحتاج إليه جميعاً هو معرفة أحكام القرآن والسنة ، ففيهما غنية عن كل دليل آخر[١] .

د — **القياس :**

١٧٧ — يرى جمهور الفقهاء ، ورأيهم الحق ، أن نصوص الكتاب والسنة لا تفى بأحكام ماجدّ ويجدّ من الحوادث والواقعات ، ورأينا أن الإجماع يكاد يكون متعذر التحقق ، فلم يبق إلا أن يكون هناك أصل آخر للأحكام الفقهية يلجأ إليه الفقيه ، وذلك الأصل هو القياس .

والقياس فى اللغة هو التقدير ؛ فيقال قست الأرض بالمتر ، أى عرفت كم تساوى مساحتها مقدرة بالأمتار المربعة . وأما فى اصطلاح علماء أصول الفقه ، فنجد له تعاريف كثيرة تختلف فيما بينها قليلا أو كثيراً ، ولكنها جميعها تتضمن معنى التقدير والمساواة[٢] .

ونستطيع أن نعرّفه بأنه إلحاق فرع بأصل فى حكمه ، لمساواته له فى علة هذا الحكم : ومن مُثل ذلك ، إلحاق النبيذ — مثلا — بالخمر فى الحرمة ووجوب حد من يتناوله ، لأنه يسكر مثلها وكذلك ، كراهة كل أنواع المعاملات وقت النداء لصلاة الجمعة ، بالقياس على كراهة البيع التى نص الشارع عليها ، لما فى ذلك من الشغل عن الصلاة .

١٧٨ — وللقياس أركان وشروط ، بعضها فى الأصل المقيس عليه و بعضها فى الفرع المقيس ، يجب تحققها . فالأركان أربعة :

ا) الأصل المقيس عليه الذى ورد النص على حكمه

ب) الفرع المطلوب معرفة حكمه بطريق القياس

---

(١) الإحكام لابن حزم ، ج ٤ : ١٤٤ و ٢٣٢ .

(٢) انظر : الإحكام للآمدى ، ج ٣ : ٢٦٢ وما بعدها ، فقد أتى بتعاريف كثيرة لم يرضها ثم انتهى بالتعريف الذى ارتضاه .

حـ) الحكم الشرعى الذى يراد إثباته للفرع .

د) العلة المشتركة بين الأصل والفرع ، ولأجلها يأخذ هذا حكم ذاك .

وأما شروط الأصل ، فأهمها أن يكون حكمه شرعياً ، لا لغويا مثلا لأن اللغات لايجرى فيها القياس ؛ وأن يكون ثابتاً غير منسوخ ، وإلا كان لا قيمة له ، ثم ألا يكون هذا الحكم ثابتاً بقياس ، بل بنص من الكتاب أو السنة أو بالإجماع[(١)] .

بقى شروط الفرع ، وهى خمسة فى رأى الآمدى[(٢)] ، ولعل أهمها أن تكون علة حكم الأصل موجودة فيه ، مع عدم وجود فارق أو مانع يمنع من تعدى حكم الأصل إليه وإلحاقه به فى حكمه .

١٧٩ — على أن هذا الأصل من أصول الأدلة ، ليس موضع اتفاق بين الفقهاء جميعاً ؛ فقد رفض اعتباره دليلا الشيعة الإمامية ، وفريق من المعتزلة ، ثم ابن حزم وأصحابه من الظاهرية[(٣)] . ولكل من هذه الطوائف مبدأ صدرت عنه فى موقفها من القياس ، وأدلة تحتج بها لمذهبها .

فالشيعة يرون أنهم فى غير حاجة له مادام أئمتهم المعصومون عندهم أحكام الله فى كل واقعة كانت أو تكون ، وهذه الأحكام انتقلت إليهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، باعتبارهم أوصياء له ، جيلا بعد جيل . ومن ثم ، تراهم يقولون ، كما سبق ذكره ، بأن الشريعة إذا قيست مُحِق الدين ! .

والنظام ومن تبعه من المعتزلة ، يقولون[(٤)] بأن من الحق أن العقل يقتضى التسوية فى الحكم بين المتماثلات ، والاختلاف فيه بين المختلفات ، ولو اطرد الأمر

---

(١) أطال الآمدى فى شروط الأصل ، فارجع إليه ، حـ ٣ : ٢٧٧ وما بعدها . وراجع أصول الفقه للخضرى ، ص ٣٦٤ — ٣٦٨ .

(٢) الإحكام ، حـ ٣ : ٣٥٩ — ٣٦٣ .

(٣) أما شيخ الظاهرية ، داوود بن على ، فلم ينكر القياس الجلى ولا الذى نص على علة حكم الأصل فيه .

(٤) الإحكام للامدى ، حـ ٤ : ٩ — ١٠ .

كذلك فى الشريعة كان القياس أمراً يدعو إليه العقل . ولكن الشارع نراه يفرق فى الحكم بين الأمور المتماثلة[١] ، وقد يسوّى فيه بين أمور مختلفة[٢] ، وهذا على خلاف قضية العقل ، وإذاً فلا يكون العقل مجوّزاً للقياس[٣] .

١٨٠ — بقى ابن حزم وهو أشد هؤلاء جميعاً فى رفض القياس ، اكتفاء بنصوص القرآن والسنة ، واستدلالا لمذهبه وتقبيحاً لمذهب معارضيه . وقد بسط ذلك كله فى كتابه : الإحكام ، وردّ على أدلة خصومه ردوداً لم تخل من لسانه اللاذع ونقده الشديد وتهكمه المرير[٤] .

فعنده أن من قال بالقياس ، قد تعدّى حدود الله وقَفا مالا علم له به ، وقال فى شريعة الله برأيه ، مادام لديه الكتاب والسنة ومنهما كل غُنية لو عرفنا استخراج كل ما فيها من الأحكام ، ولهذا لم يقل صحابى قط بالقياس ، وأما كتاب عمر إلى أبى موسى الأشعرى حين بعثه قاضياً باليمن ، ونحوه مما ورد عن الصحابة من الآثار التى تفيد الأخذ بالقياس ؛ فقد أنكرها جميعاً بالطعن فى أسانيدها من ناحية ، و بإلزام خصومه إذ خالفوا بعض ماتوجبه هذه الآثار من ناحية أخرى[٥] .

بل ، تراه يذهب فى السير إلى أبعد مما سار إليه ، فيحاول أن يجد فى القرآن والسنة نصوصاً يدعم بها مذهبه[٦] ، إذ يراها مُبطلة للقياس ، داعية إلى وجوب رفضه وعدم العمل به فى شريعة الله ، و بخاصة وعنده أن القول بالعلل فى شىء من الشريعة وأحكامها باطل[٧] .

---

(١) مثل قطع يد سارق القليل دون غاصب الكثير ، وحد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر .

(٢) مثل إيجاب القتل بالردة والزنا مع الاختلاف بينهما .

(٣) كان مقتضى هذا القول ألا يكون العقل موجبا — لا مجوزاً — للأخذ بالقياس . على أن علماء الأصول ردوا على هذه الحجة ، وانظر الآمدى حـ ٤ : ١٨ — ١٩ . انظر أيضاً إعلام الموقعين ، حـ ٢ : ٢٥ وما بعدها ، حيث رد ابن القيم على كل ما أورده المعتزلة وغيرهم .

(٤) الإحكام حـ ٧ ص ٥٥ وما بعدها .

(٥) الإحكام ، حـ ٧ : ١٤٦ وما بعدها .

(٦) المصدر نفسه ، حـ ٨ ص ٩ و ص ١٥ وما بعدها .

(٧) انظر حـ ٨ ص ٧٦ وما بعدها ، ص ٩٧ وما بعدها .

١٨١ — على أنه مهما تكن شدة عارضة ابن حزم وقوة جدله ولَدَدِه في الخصومة ، ومهما تكن حجج الذين رفضوا القياس من الطوائف الأخرى ، فإن الحق هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القياس أصل من أصول الفقه ، ومصدر من مصادره ، مصدر لايستغنى عنه فقيه ولم ينكره صحابى من قبل ، بل أرشد إليه الله نفسه فى غير موضع من كتابه[1] .

وقد عرض ابن القيم ، فى الجزء الأول من كتابه : إعلام الموقعين ، مسألة القياس عرضاً وافياً ، وبين أدلة القائلين به وأدلة الآخرين الذين يرفضونه ، وتكلم عن عدم إحاطة النصوص أو إحاطتها بالحوادث ، ومعنى هذا الحاجة للقياس أو عدم الحاجة له ، ولم ينس أن يعرض لمسألة كون أحكام الله معللة — وحينئذ يتأتى القياس — أو غير معللة .

وبعد هذه المباحث وأمثالها المتعلقة بالقياس والخلاف فيه ، وقد أخذت أكثر من ثلثى الجزء الأول وقسما كبيراً من الثانى ، وبعد أن نقد كلا من الطرفين الذين غلوا فى الأخذ بالقياس ، والذين غلوا فى رفضه ، بعد ذلك كله ، ذكر بأن فى نصوص الكتاب والسنة بيانا للأحكام الشرعية كلها ، والقياس الصحيح — مع هذا — حق مطابق للنصوص ، وليس فى الشريعة شىء على خلاف القياس[2] .

الاستحسان والمصالح المرسلة

الاستحسان :

١٨٢ — هذا الدليل اشتهر الأحناف بالأخذ به ، وإن اعتبره الفقهاء الآخرون ماعدا الشافعية ، ولابد من تعريفه أولا قبل الكلام فى اعتباره وحجيته .

وقد يراد بالاستحسان مايستحسنه المجتهد بعقله عن غير دليل ، وهذا طبعاً مالا يريده الأحناف ولا غيرهم من هذا الأصل ، مادام وا يعتبرونه دليلا من أدلة

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ : ١١١ .

(٢) المصدر نفسه ، ج ١ : ٢٩٣ ، ٣٣٥ .

الأحكام الفقهية . ولعل هذا المعنى هو الذى جعل الشافعى يرفض اعتبار الاستحسان أصلا من أصول هذه الأحكام ، وقال فيه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرّع » فى حين أن المشرع هو الله وحده ثم رسوله .

وقال الكَرْخى من علماء الأحناف : « الاستحسان هو العدول فى مسألة عن مثل ما حُكم به فى نظائرها إلى خلافه ، لوجه هو أقوى[١] » . وقريب من هذا أن يقال بأنه هو العدول عن قياس ظاهر جلىّ إلى قياس خفيت علته . وقد يكون العدول ، لا إلى قياس خفى ، بل إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف ، وسيأتى مُثل توضح ذلك[٢] .

وهذا المعنى هو الذى يريده الأحناف والحنابلة والمالكية[٣] من هذا الأصل الذى أخذوا به ، وهو ما نرضاه ؛ فهو ليس قولا بالرأى والهوى ، بل هو قول لدليل رجح لدى القائل به .

بل إن الغزالى من أئمة الشافعية يقول بعد أن ذكر تأويل الكرخى للمراد من الاستحسان : « وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة[٤] » . يقول الغزالى هذا ، مع ما أطال فيه الإمام الشافعى فى إبطال القول بالاستحسان[٥] .

وفى رأينا أن الشافعى نفسه قال بالاستحسان على هذا المعنى . فقد نقل عنه الآمدى ، وهو شافعى أنه قال : « أستحسن فى المتعة [لمن طلقها زوجها قبل الدخول

---

(١) الآمدى ، حـ ٤ : ٢١٢ . وانظر فى تعريفه أيضاً ، المبسوط للسرخسى حـ ١٠ : ١٤٥ ، وفيه أن الاستحسان قياس خفى قوى أثره .

(٢) وانظر أيضاً بعض المثل فى الآمدى حـ ٤ : ٢١١ — ٢١٢ ؛ المستصفى للغزالى ، حـ ١ : ٢٧٩ وما بعدها ؛ الاعتصام لأبى إسحاق الشاطبى حـ ٢ : ١١٩ وما بعدها .

(٣) انظر الموافقات للشاطبى ، حـ ٤ : ١١٦ وما بعدها . حيث تكلم عن الاستحسان عند مالك وغيره ، وأتى له بمثل كثيرة .

(٤) المستصفى ، حـ ١ : ٢٨٣ .

(٥) الأم ، حـ ٧ : ٢٦٧ — ٢٧٧ .

ولم يُسَمِّ لها مهراً] أن تكون ثلاثين درهما ، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابه . وقال فى السارق ، إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى ، فقطعت : القياس أن تُقطع يمناه ، والاستحسان ألا تُقطع[1] » .

١٨٣ — ولعل الذى دعا القائلين بالاستحسان إلى اختصاصه ، من بين سائر أدلة الأحكام ، بهذا الاسم الذى يستنكره الغزالى ، هو وروده فى اللغة — وهذا أمر معروف — والكتاب وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم .

فنى الكتاب قوله تعالى : « فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتّبعون أحسنه[2] » ، وقوله : « فخذها بقوة وأْمُر قومك يأخذوا بأحسنها[3] » . وفى السنة قول الرسول : « مارآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن » .

على أن المهم ليس اللفظ والاسم ، وإنما هو المعنى ، وقد عرفنا أن معنى « الاستحسان » ، عند القائلين به ، لا ينكره غيرهم أيضاً ، بل أخذوا به فعلا فى بعض ما ذهبوا إليه .

١٨٤ — الاستحسان إذاً دليل أو أصل من أصول الفقه ، ويجىء فى المرتبة بعد الأدلة السابقة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وكثيراً ما انتفع به الفقهاء فى التشريع ؛ فنراهم يقولون — مثلا — هذا الشىء يجوز استحسانا لا قياسا ، وذلك الأمر محظور قياساً مباح استحسانا . فكأنهم يجعلونه مقابلا للقياس .

ويستدلون على حجيته بما ذكرنا من آيات وحديث إلى أخرى أمثالها ، كقوله تعالى : « اتبعوا أحسن ما أُنزل إليكم من ربكم[4] » ، وإن تكلم فى هذا الضرب من الاستدلال بعض الفقهاء[5] . كما يستدلون بإجماع الأمة على الأخذ به فى كثير من الأمور ، على اختلاف الآراء والمذاهب .

---

(١) الإحكام ، حـ ٤ : ٢١٠ . (٢) الزمر ك ٣٩ : ١٨ .
(٣) الأعراف ك ٧ : ١٤٥ . (٤) الأعراف ك ٧ : ٢٣ .
(٥) انظر ، مثلا ، المستصفى للغزالى ، حـ ١ : ٢٧٦ وما بعدها .

١٨٥ — ونجد كثيراً من المثل على الأخذ به فى كتب الفقه المختلفة ، ومنها ما سبق ذكره عن الشافعى ، ونشير من هذه المثل إلى ما يأتى :

ا) لا يصح بيع المعدوم ، ولكن أجيزت الإجارة استحسانا ، مع أنها بيع لمنافع الشىء المستأجر ، وهذه المنافع معدومة لعدم وجودها عند عقد الإجارة ، فكان القياس بطلان هذا العقد ، ولكنه أجيز استحسانا بنص الكتاب والسنة والعرف الذى جرى عليه الإجماع ومعنى ذلك العدول عن القياس لهذه الأدلة الأقوى منه .

ب) وكذلك السَّلَم بيع شىء آجل معدوم بثمن عاجل معلوم ، فكان القياس عدم جوازه ، ولكن أجيز استحسانا لقول الرسول : «من أسلف فى شىء ففى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وهذا الحديث قرر أمرا كان عليه العُرف أيام الرسول ، إذ قدم المدينة وهم يُسْلِفون فى التمر السنتين والثلاث .

جـ) ومن هذا القبيل ما يسمى « بالاستصناع » وهو أن تتعاقد مع صانع على أن يصنع لك رداء أو شيئاً من الأثاث مثلا ؛ فالمعقود عليه معدوم وقت العقد ، ولكنه أجيز استحساناً أيضا ، لجريان العُرف والتعامل به من الأمة جميعا[1] .

١٨٦ — ذكرنا أن الحنابلة من الذين اعتبروا الاستحسان أصلا من أصول الفقه ، لكن ابن القيم منهم لم يذهب هذا المذهب . وليس السبب أنه قول بلادليل ، بل بالرأى والهوى ، كما وَهِمَ الشافعى ، بل لأنه ليس فى شريعة الله شىء على خلاف القياس الصحيح ، وأن القياس الصحيح دائر مع أوامرها ونواهيها وجودا وعدما[2] .

وقد جهد كثيراً فى بيان أن العقود والأحكام التى قيل بها استحساناً لا قياسا ، هى كلها على وفق القياس . مثل المضاربة ، والمساقاة والمزارعة ، والسَّلَم ، والإجارة .. إلى غير ذلك كله[3] .

---

(١) من هذه المثل ، وسواها كثير . يمكن القول بأن القول بالاستحسان كان موجوداً أيام الرسول نفسه .

(٢) إعلام الموقعين ، حـ ١ : ٣٣٥ ، حـ ٢ : ٢٤ .

(٣) انظر إعلام الموقعين فى مواضع كثيرة من حـ ١ : ٣٣٥ وما بعدها ؛ حـ ٢ فى مواضع كثيرة أيضا من أوله إلى ص ٢٤ .

وهذا المجهود الكبير يحملنا بلا ريب على الإعجاب بابن القيم تلميذ ابن تيمية ، ولكنه لا يحملنا على أن نسلِّم له كلَّ النتائج التى وصل إليها . ولهذا نرى ، أنه يوجد حقاً كثير من الأحكام الفقهية لا تجرى على القياس ، بل لابد من القول فيها بالاستحسان .

المصالح المرسلة :

١٨٧ — أكثر الفقهاء أخذا بهذا المصدر من مصادر الأحكام ، هو الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه[1] ، وحسناً فعل . ذلك ، بأنه لو وقفنا فى التشريع عند المصالح التى أمر الشارع باعتبارها ، لتعطلت كثير من المصالح الحقيقية للناس والأمة ، هذه المصالح التى تختلف وتتجدد فى كل زمان ومكان ، ولعجزت الشريعة الإسلامية عن مسايرة التطور الذى لا نعلم له مدى ينتهى إليه ، بل هو دائم ما دام الزمن .

ويراد « بالمصالح المرسلة » ، كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، وفى اعتبارها ، مع هذا ، جلْب نفع أو دفع ضرر . وقد يقال بأنها المصالح التى يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع .

وتطبيقات هذا الأصل فى التشريع ، وسيأتى مُثُل ذلك ، ترينا قربها من الاستحسان . على أنه يمكن الفرق بينهما ، بأن الاستحسان يكاد يُصوَّر بأنه استثناء فى الحكم من القواعد العامة التى يوجبها القياس ، بخلاف المصالح المرسلة فليس فيها عدول عن القياس فيما نعرفه من التطبيقات والتفريقات لها .

---

(١) يمكن أن يقال بإجمال بأن سائر الأئمة قد رفضوا هذا المصدر ، إلا القليل منهم . انظر الإحكام للآمدى ، حـ ٤ : ٢١٦ . ومن هؤلاء القلائل ، الغزالى بشرط أن تكون المصلحة مصلحة ضرورية قطعية . (انظر المستصفى ، حـ ١ : ٢٨٤ وما بعدها) ، وإلا لتغير كثير من أحكام الشريعة بتغير الأحوال .

(٢) انظر ، الاعتصام لأبى إسحاق الشاطبى ، حـ ٢ : ٩٥ ؛ تبصرة الأحكام لابن فرحون ، حـ ٢ : ١١٧ ، طبعة مصر عام ١٣٠٢ هـ .

١٨٨ — ويشترط لاعتبار المصالح المرسلة مصدرا من مصادر التشريع ، فى رأى القائلين بها ، شروط ثلاثة :

ا) أن يكون ذلك فى مسائل المعاملات لا العبادات ، لأن هذه ثابتة لا تتغير .

ب) ألا تعارض هذه المصلحة مقصداً من مقاصد الشريعة ولا دليلا من أدلتها المعروفة .

جـ) أن تكون مصلحة حقيقية ضرورية للمجتمع ، أو على الأقل أن يكون فيها تحصيل نفع أو درء ضرر حقيق .

وإذا رجعنا إلى أبى اسحاق الشاطبى ، نجده يلاحظ أنه لابد لاعتبار المصالح المرسلة من أمور ثلاثة لا تخرج عما ذكرناه ، وهى بنص كلامه[1] :

أحدها ، الملاءمة لمقاصد الشرع ، بحيث لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله .

والثانى ، إن عامة النظر فيها إنما هو فيما عُقل منها وجرى على المناسبات المعقولة التى إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول . فلا مدخل لها فى التعبدات ولا ماجرى مجراها من الأمور الشرعية ، لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل .

والثالث ، إن حاصل المصالح المرسلة يرجع إلى حفظ أمر ضرورى ورفع حرج لازم فى الدين . . .

١٨٩ — ومن ينظر فى تشريعات الصحابة والتابعين ، ومن إليهم من الفقهاء المجتهدين ، يعرف يقيناً أن هذا الأصل قد روعى فى كثير من تلك التشريعات . بل إن من هؤلاء من عمل على تأويل بعض النصوص أو إهمال القياس ، رعاية لهذه المصالح المرسلة وتحقيقها ، قصداً إلى المصلحة العامة فيما سنُّوا من نظم وتشريعات .

١٩٠ — ونذكر فيما يلى بعض النظم والتشريعات التى قامت على اعتبار المصالح المرسلة مصدرا من مصادر التشريع ، وبعض ما يمكن أن يقوم عليها من تشاريع وأحكام أخرى :

(١) الاعتصام ، حـ ٢ : ١١٠ — ١١١ ، ١١٤ .

(ا) ليس فى القرآن ، ولا فى سنة الرسول ، نص يوجب أو يحرم جمع القرآن من الصدور والصحف والرقاع التى كان محفوظا فيها . ومع ذلك ، أجمع الصحابة أيام أبى بكر على كتابته وجمعه ، رعاية لمصلحة الأمة ، بعد أن تحرج أبو بكر أول الأمر من هذا العمل وقال : كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولـكن عمر ظل يراجعه حتى شرح الله صدره له .

ثم ، جاء عثمان بن عفان ، رضوان الله عليه وعليهم جميعاً ، ورأى اختلاف المسلمين — وقد تفرقوا فى البلاد للفتوح — فى قراءة القرآن ، فخاف أن يؤدى الأمر إلى الاختلاف فيه كما اختلفت اليهود والنصارى ، فأمر بجمع القرآن فى مصحف واحد فرق منه نسخا فى البلاد ، ثم أمر بما سواه من الصحف ذات القراءات المخالفة فحرقت .

ب) منع عمر بن الخطاب إعطاء « المؤلفة قلوبهم » على الإسلام نصيبهم من الزكاة ، مع الأمر بذلك فى القرآن .

ج) وقف عمر أيضاً تنفيذ حدّ السرقة عام المجاعة ، والأمر معروف مشهور .

د) إبقاء عمر أرض العراق وغيرها بين أيدى أهلها ، ووضع الخراج عليهم ، رعاية للمصلحة العامة للمسلمين ، بدل توزيع أربعة أخماسها على الفاتحين أصحاب الحق فى ذلك كما هو معروف ، وقد تقدم ذكر هذه المسألة على طولها[١] .

هـ) جواز أن يفرض الإمام العادل على الأغنياء من المال ما لا بد منه لتكثير الجند ، وإعداد السلاح ، وحماية البلاد[٢] .

و) قضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصناع أثمان ما يضيع عندهم من حاجات الناس وأمتعتهم ، مع أنها أمانة لديهم والأمين لا يضمن ، ولـكن على بن أبى طالب خاف الخيانة والتقصير فقال فى هذا : « لا يصلح الناس إلا ذاك » .

(١ ، ٢) وهنا ، نذكر — مستلهمين هذين المثالين — أن قانون تحديد الملكية الذى اصدرته الحكومة منذ أيام ، له سند قوى من الدين والشريعة الإسلامية .

ز) إجازة مالك سجن المتهم ، وإجازة أصحابه ضربه أيضا ، ليكون ذلك وسيلة للإقرار ومعرفة الحقيقة[١] .

هذه الأمثلة وغيرها[٢] ، تدلنا على مقدار ما يمكن أن نفيد منه فى التشريع من هذا الأصل ، المصالح المرسلة ؛ على أن نرعى ما يجب فى ذلك من شروط ، وألا نغلو فى اللجوء إليه تبعاً للرأى والهوى .

١٩١ — وقد يكون من الغلوّ فى هذا الباب ، ما رُوِى من أن فقيها من كبار الفقهاء أفتى بعض السلاطين ، وقد ذكر له أنه واقع امرأته فى رمضان ، بصوم شهرين متتابعين ؛ مع أن الفرض عليه أن يعتق رقبة كفارة لما وقع فيه ، فإن لم يستطع صام . ولما حاجّه بعض إخوانه العلماء فى فتواه ، قال لهم : لو قلت له عليه اعتاق رقبة ، لاستحقر ذلك وأعتق عبيدا مرارا ؛ فلا يزجره إعتاق الرقبة ، ويزجره صوم شهرين متتابعين[٣] .

على أن الغزالى لم ترضه هذه الفتوى ، ورأى فيها مخالفة لنص الكتاب فى سبيل مصلحة رآها المفتى ، وفتح هذا الباب — كما يقول — يؤدى إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال[٤] !

ومن هذا الباب أيضاً ، ما عرفته من بعض تلاميذى البولنيين ، حين كنت أستاذاً بكلية أصول الدين بالأزهر ، من أن المفتى ببولونيا أفتى بحرمة زواج المسلم بمسيحية أو يهودية . وذلك منه — بلا ريب — رعاية لمصلحة المسلمين ، وهم أقلية هناك ، حتى لا تضعف وحدتهم وأمرهم .

---

(١) لا يرى الغزالى هذا الرأى ، لأن المصلحة فى ضرب المتهم تعارضها مصلحة أخرى وهى مصلحة المضروب الذى قد يكون بريئا ، « وترك الضرب فى مذنب أهون من ضرب برىء » . المستصفى ، حـ ١ : ٢٩٨ . ورأى الغزالى هذا يوافق نظريات قانون العقوبات المصرية ، وهو الرأى المختار عند الأحناف . المبسوط لشمس الدين السرخسى ، حـ ٢٤ : ٧٠ .

(٢) انظر ، الاعتصام للشاطبى ، حـ ٢ : ٩٩ وما بعدها ، فقد ذكر عشرة أمثلة فى هذه الناحية . وانظر ، فى فرض بعض المال على الأغنياء للجند والسلاح وحماية الوطن ، المستصفى للغزالى ، حـ ٢ : ٣٠٣ — ٣٠٤ .

(٣) الاعتصام ، حـ ٢ : ٩٧ . وقد اتفق مثل هذا الحادث للحكم الأموى أمير المؤمنين بقرطبة ، وأفتاه بعض الفقهاء بمثل هذه الفتوى . المصدر نفسه ص ٩٧ — ٩٨ .

(٤) المستصفى ، حـ ٢ : ٢٨٥ .

ص٦٢

طبيعة الفقه الإسلامى أو خصائصه

١٩٢ — كان فيما كتبناه حتى الآن إشارات إلى بعض ما نريده بهذا البحث الذى نعالجه الآن ، نعنى خصائص هذا الفقه الإسلامى التى يتميز بها عن كل ما عرفه العالم من ضروب الفقه حتى اليوم . ومن هذه الخصائص ما يرجع إلى طبيعة الفقه نفسها ، وما يرجع إلى الطريق الذى سار ويجب أن يسير فيه حتى يصل إلى الغاية التى يرضاها الشارع الحكيم للعالم كله .

وليس من الممكن استيعاب تلك الخصائص فى القدر المحدود من الصفحات التى خصصناها لهذا البحث ، ولكن يمكن تعرفها بإجمال مما يأتى :

١) الفقه يرجع فى أسسه العامة إلى وحى الله تعالى .

٢) تمهيد الشريعة لإحكامه بوازع الدين والأخلاق .

٣) جزاؤه دنيوى وأخروى معاً .

٤) نزعته جماعية .

٥) قبوله للتطور حسب بيئات الزمان والمكان .

٦) تأثره أو عدم تأثره بالقوانين الأخرى .

٧) غايته تنظيم الحياة الخاصة والعامة ، وتيسيرها ، و إسعاد العالم كله .

ولنأخذ الآن فى بيان هذا الإجمال بشىء من التفصيل ، على ألا نتعرض للمقارنة بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى إلا بقدر وفيما تكون المقارنة ضرورية فيه ، لأن القصد الأول هو ما يختص بشريعة الإسلام وحدها .

أسسه العامة

١٩٣ — جاء الإسلام بعد أن استنفد كل من الأديان السابقة أغراضه ، وصارت الإنسانية مستعدة لتقبله ، وأحست بالحاجة الملحة لرسالة سماوية تكون خاتمة الرسالات جميعاً ، وتشوقت لدين جديد يسير بها قدماً إلى حياة العز والكرامة

والسعادة ، لا فرق بين جنس وجنس ولا بين أمة وأخرى ، حتى لا يكون للناس جميعاً إلا إله واحد والعالم كله يعبده .

وكانت وسيلة الإسلام لذلك ، بيان العقيدة الحقة ، بعد أن اختلفت فى ذلك اليهودية والنصرانية اختلافا كبيراً مزّق العالم إلى فِرَق كثيرة متعادية ؛ ووضع النظم والقوانين الصالحة لحياة الفرد والجماعة ، و بخاصة وقد كان حظ ما سبقه من الأديان السماوية ضئيلا فى هذه الناحية ؛ ومن هذه النظم والقوانين ، ما نعرفه اليوم باسم « الفقه » .

١٩٤ — أساس هذا « الفقه » إذاً هو وحى الله تعالى ، هذا الوحى الذى نجده فى كتابه الكريم وسنة رسوله العظيم الذى لاينطق عن الهوى . فنى هذين المصدرين ، نجد — كما ذكرنا من قبل — جماع مانعرف اليوم من أقسام القانون الحديث المختلفة : المدنى ، التجارى ، العقوبات ، الدستورى ، الدّولى . . . إلى آخر فروع القانون .

وكل فقيه مقيدٌ بنصوص هذين المصدرين أو الأصلين الأساسيَّيْن ، ماساعفته النصوص ؛ وإلا فهو مقيد كذلك باستلهام روح الشريعة ومبادئها وأصولها ومقاصدها ، وفى ذلك مجال — أى مجال ! — للاجتهاد بلاريب ، ومن ثم كان تعدد المذاهب الفقهية واختلافها .

هذا ، فى حين أن القانون الوضعى — على اختلافه باختلاف الأمم ، وعلى تعدد مذاهبه وأقسامه — من عمل الإنسان ، ولذلك لا نجد له من القداسة ما نجده للتشريع الذى أساسه الوحى الإلهى الذى لايأتيه الباطلُ من بين يديه ولامن خلفه ، لأنه تنزيل العليم الحكيم .

١٩٥ — ولاتتحقق الغاية المرجُوّة من القانون بحسن وضعه وإحكامه فحسب ، وإنما تتحقق ، مع ذلك ، بتنفيذه ممن شُرِّع لهم ، على أن يكون هذا التنفيذ بوازع من أنفسهم وقلوبهم . وهذا الوازع يجىء من إيمانهم بعدالة القانون ،

ورضاهم به ، واعتقادهم المثوبة من المشرّع على النزول راضين على تشريعاته وأحكامه .

وقد لحظ شيئاً من هذا ، فيما قبل التاريخ الميلادى ، عظيم من عظماء فلاسفة اليونان وهو أفلاطون المتوفى عام ٣٤٧ ق م . فإن الذى درس كتابيه الخالدين : « الجمهورية » و « القوانين » يتبين أنه كان حريصاً على التمهيد لكل من تشريعاته التى أراد أن يقيم عليها دولته « La Cité » الفاضلة المثالية ، بما يجعلها مقبولة ومرضيا عنها من أهل هذه الدولة أو الجمهورية التى أرادها لبنى وطنه ، والتى لم يتمكن بكل أسف من تنفيذها .

١٩٦ — أما التشريعات الإسلامية كما نعرفها من القرآن والسنة النبوية ، فإنها بلغت الكمال من ذلك كله ، إذ قامت جميعها على اعتبارات من الدين والأخلاق تجعلها تبلغ غاية الرضى والإيمان ممن وُجِّهت إليهم من المؤمنين بها جميعاً ، لا فرق بين المسلمين وغير المسلمين ، وحسبنا أن نشير من ذلك إلى ما يأتى :

١٩٧ — ا) للجار على جاره حقوق وعليه له واجبات ، وهى ما تعرف فى الفقه بحقوق الجوار التى سيجىء بحثها فى القسم الثانى من هذا الكتاب . وهذه الحقوق ربما لا يرضى من هى عليه بالتسليم بها ، فيضطر صاحبها لاقتضائها للجوء المحاكم ، ومن ثَمّ نجدُ كثير من المشاكل والحوادث والقضايا التى يفصل فيها القضاء ، ويكون تنفيذها بعد ذلك بقوة القانون ، على أن هذا لا يمنع من بقاء الخصومة والعداء بين المتقاضين .

لكن الله العليم الحكيم والمشرّع الوحيد بحق ، والذى يعلم ما طبعت عليه النفس الإنسانية من أنانية وأَثَرَه ، يؤكد حق الجار على جاره إلى درجة أنه قرنه بالأمر بعبادة الله وعدم الشرك به ، فقال : واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ، وبالوالدين إحسانا ، وبذى القُرْبى واليتامى والمساكين ، والجار ذى القُرْبى والجار الجُنُب[1] » .

---

(١) النساء م ٤ : ٣٦ .

ولذلك ، نجد الرسول يتناول هذا المعنى فيؤكده فى أحاديث كثيرة نذكر منها قوله : « مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيُورِّثه » ؛ وقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره » ، « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره[1] » .

فمتى جاء الفقهاء بعد هذا ، وبينوا هذه الحقوق التى للجار ، لايسع من يؤمن حقاً بالله وكتابه ورسوله إلا المسارعة بأداء هذه الحقوق ، مادام الدين يبلغ من ذلك إلى حدِّ الأمر بإكرام الجار لا بإعطائه حقوقه فحسب . وحينئذ ، ما الحاجة للقضاء والقانون ، إلا لمعالجة من لم يخالط الإيمان قلوبهم وفُطِرت نفوسهم على الشُّحّ ومنع الناس حقوقهم !

١٩٨ — ب) وفى الزكاة ، وهى الصدقة المفروضة على ما يملك الإنسان من الأموال النقدية والزروع والأنعام ، نجد القرآن يغرس فى نفس المؤمن به أن أداء هذه الزكاة ، بل التصدق المندوب إليه بشىء مما يملك ، خير للمتصدق نفسه ، فيقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهِّرهم وتُزَكيهم بها[2] » .

ثم نجد ، بعد القرآن ، أحاديث كثيرة فى الحث على الصدقة وتغليظ عقوبة من لايؤدى الزكاة وتصوير هذه العقوبة بِصُوَر شنيعة[3] . وبعد ذلك يؤكد للمتصدق أن الله سيعوضه عما أنفق خيراً كثيراً ، فيقول : « ما من يوم يُصْبح العباد فيه إلا ملكان ينزلان ، فيقول أحدهما : اللهم ! أعطِ مُنْفقا خَلَفا ! ويقول الآخر : اللهم ! أعْط مُمْسكاً تَلَفاً[4] » .

١٩٩ — حـ) والذَّوْد عن الوطن من مقاصد الإسلام وكل قانون ، ولهذا

---

(١) انظر اللؤلؤ والمرجان ، حـ ١ : ١١ .

(٢) التوبة م ٩ : ١٠٣ .

(٣) انظر ، مثلا ، اللؤلؤ والمرجان ، حـ ١ : ٢٢٧ — ٢٢٨ .

(٤) اللؤلؤ والمرجان ، حـ ١ : ٢٣٦ .

كتب الله الجهاد على المسلمين ذِياداً عن الوطن ودفاعاً عن الدين ونشْراً له ، لكنه لم يأمر بذلك أمراً مجرداً فحسب كما يفعل قانون التجنيد عندنا مثلا .

إن الله يعلم أن أكثر النفوس فُطِرت على الضَّنّ بالنفس كما فطرت على الضن بالمال ، ولهذا رغَّب فى الجهاد بضروب الترغيب المختلفة ، وبيّن أنه خير من الدنيا وما فيها ، وأنه لا جزاء له فى الآخرة إلا الجنة ، ولكل هذا ونحوه ، جاء كثير من الآيات والأحاديث .

من هذه الآيات ، قوله تعالى : « فليقاتل فى سبيل الله الذين يَشْرُون الحياة الدنيا بالآخرة ، ومن يقاتل فى سبيل الله فَيُقتَل أو يَغْلِب فسوف نؤتيه أجراً عظيما[1] » ، وقوله : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة ، يقاتلون فى سبيل الله فَيَقتُلون ويُقتَلون[2] » .

وبجانب هذه الآيات ، نجد هذه الأحاديث عن الرسول : (تكَفَّل الله لمن جاهد فى سبيله ، لا يُخرجه من بيته إلا الجهاد فى سبيله وتصديق بكلماته ، أن يدخله الجنة أو يرده إلى مسكنه بما نال من أجر أو غنيمة[3] » ، « لَغَدْوَة فى سبيل الله أو رَوْحة خيرٌ من الدنيا وما فيها[4] » .

٢٠٠ — وكان لهذا المنهج فى التمهيد لتشريع الجهاد وتحبيب بذل النفس فى سبيل الدين ، أثره الكبير بلا ريب فى قلوب المؤمنين . فهذا جابر بن عبد الله يُحَدِّث أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم يوم أُحُد : أرأيت إن قُتِلْت ، فأين أنا ؟ قال : فى الجنة . فألقى تَمَرات فى يده ، ثم قاتل حتى قُتل[5] » .

(١) النساء م ٤ : ٧٤ .
(٢) التوبة م ٩ : ١١١ .
(٣،٤) اللؤلؤ والمرجان ، حـ ٢ : ٣٠٠ . هكذا ورد فى روايات مالك والبخارى والنسائى . راجع الترغيب والترغيب للحافظ المنذرى ، حـ ٢ : ٩٧ طبعة صبيح بالقاهرة .
(٥) اللؤلؤ والمرجان ، جـ ٢ ص ٣٠٤ .

هذا ، وقد كان فى النية الاتيان بمُثُل أخرى رأيت بعد البحث والاستقراء أن تطبيق هذه الطريقة — طريقة التمهيد بالدين والأخلاق — ظاهر فيها ، وهذه المثل خاصة بتحريم الربا ، وبتشاريع الطلاق والميراث ، والأمر بأداء الشهادة وعدم كتمانها ، ونحو ذلك كله . كانت النية على هذا ، ولكن رأيت الاكتفاء بما ذكرت رغبة فى الإيجاز ، ما دام فى المثل التى جئنا بها ما يفى بتأكيد هذه الخاصة للتشريع أو الفقه الإسلامى .

٢٠١ — وهذه خاصة أخرى تتصل شديد الاتصال بسابقتها ، حتى تكاد تكون ملازمة لها . ذلك بأن القانون يمكن أن يُعَرَّف « بأنه مجموعة القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية ، والتى تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء[1] » ، ومن هذا التعريف ، يتبين أن خصائص القانون ثلاثاً : قاعدة ، تنظيم الروابط الاجتماعية ، ويصحبها جزاء . إلا أن هذا الجزاء يكون دنيوياً دائماً ، لأن واضع القانون لا يملك طبعاً من أمر الآخرة شيئاً ؛ ومن ثم ، لا جناح على من يستطيع الإفلات من هذا الجزاء[2] .

كما أن القانون ، بجانب هذا ، ليس له إلا غاية نفعية ، نعنى العمل على حفظ النظام واستقرار المجتمع ، وقد يؤدى ذلك أحياناً إلى عدم رعاية بعض مايأمر به الدين والأخلاق ، ومن مثل ذلك إباحته وتنظيمه — هكذا يزعمون ! — غير قليل من الأمور التى لا يبيحها دين أو خُلُق ، كالزنا ، شرب الخمر ، القمار فى بعض صوره[3] .

٢٠٢ — أما القانون السماوى ، وهو فى أسمى صوره الفقه الإسلامى ، فعلى غير ذلك كله . إنه يثيب ويعاقب فى هذه الحياة وفى الدار الأخرى أيضاً ، والجزاء

---

(١) أصول القانون للأستاذين الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، ص ١٣ .

(٢) المرجع نفسه ص ١٦ .

(٣) تم بفضل الله إلغاء البغاء رسميا فى مصر منذ سنوات ، على أثر جهاد طويل من أحد كبار رجال الأزهر ، وهو أستاذنا المرحوم الشيخ محمود أبو العيون .

الأخروى أعظم دائماً من الجزاء الدنيوى ، ومن أجل ذلك ، يحس المؤمن بوازع نفسى قوى بضرورة العمل بأحكامه واتباع أوامره ونواهيه ، ولو أمكنه التفلت من الجزاء فى هذه الحياة الدنيا ، وليس كهذا باعثاً على اتباع التشريعات التى تستند إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

والتشريع الذى يستند إلى الدين هكذا ، يقصد صلاح الفرد والمجتمع ، وهذه غاية نفعية بلا ريب . بيد أنه يريد بناء مجتمع مثالى نقى مما ينافى الدين والأخلاق ، ولذلك لا يمكن أن يقر شيئاً ينافى شيئاً منهما . كما أنه لا يقصد فقط إلى بناء مجتمع سليم ، بل إلى سعادة الفرد والمجتمع والبشرية كلها فى هذه الدار وفى الدار الأخرى أيضاً . كما يهدف كذلك إلى إحسان قيام الإنسان بواجبه نحو نفسه وإخوانه فى الإنسانية ، ونحو الله تعالى بعبادته حق عبادته .

٢٠٣ — قلنا بأن التشريع الإسلامى يرمى إلى صلاح الفرد والمجتمع ، فالنزعة السائدة فيه هى النزعة الجماعيّة ، ونقول « جماعية » ، لا « اشتراكية » ؛ لأن هذه الكلمة أخذت فى هذه الأيام معنى خاصة حدّدها أو قصرها على الناحية المالية ؛ ونحن نريد « بالجماعية » معنى أوسع يتناول الناحية المالية وغيرها حتى ليعُمّ الحقوق والواجبات جميعاً .

وهذه النزعة ، أو الطابعَ الجماعى للفقه الإسلامى نجده واضحاً فيما جاء به الإسلام من عبادات كما هو واضح فيما أتى من أحكام المعاملات التى نراها فى الحياة العملية فكل هذه التشريعات فى هاتين الناحيتين ، تهدف إلى تهذيب الفرد وصالحه والصالح العام للمجتمع بأسره ، والمُثل لذلك واضحة ندركها وتكفينا فيها الإشارة .

نشير ، مثلا ، إلى حكمة شرعية الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وحلّ البيع وتحريم الرّبا ، والأمر برعاية الجار والوفاء بالعقود ، وتحليل الزواج لإنشاء الأسرة وتحريم الزنا ، وإقامة الحدود صيانة للمجتمع ، إلى آخر ما نعرف من الأحكام التى جاءت بالأمر والنهى والحِلّ والحرمة .

وبعد هذا التعميم لا بد من التخصيص ، وذلك بالإتيان ببعض المُثُل المحددة الواضحة الدلالة على ما نقول ، أى على أن الطابع العام للفقه الإسلامى هو الطابع الجماعى .

٢٠٤ — ا) من حق الزوج أن تكون زوجته فى طاعته ؛ لتكون سكناً له ، وليثمر الزواج ثمراته المنشودة منه ، ولكن هذا الحق مقيد بألا يكون فى استعماله ضرر للزوجة ، وإلا منع منه أو حدّ القاضى من استعماله ، حتى ليكون للزوجة فى بعض حالات الضرر طلب التطليق منه . ومن ثم ، يقول الله تعالى: « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ،ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا [1] » ، وهذا الأمر وإن جاء حالة التطليق الرجعى ، إلا أنه القاعدة حالةقيام الزوجية أيضاً .

٢٠٥ — ب) من حق الحكام أن تسمع لهم الرعية ويطيعهم الشعب ، ولكن ذلك مشروط بأن يصدروا فى حكمهم وسياستهم للأمة عن المصلحة العامة ، وفى هذا نرى الرسول يقول : « السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ، مالم يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة [2] » وهو ، كما نرى ، أصل من أصول الحكم له خطره الكبير . إذ أنه يحدد فى دقة تامة سلطان الحاكم وحقوق المحكوم ، وفى اتباعه مصلحة الأمة جميعاً .

٢٠٦ — حـ) روى أبو عبيدة بن الجراح أن رجالا من أهل البادية سألوه أن يرزقهم من مال الأمة الذى تحت يديه ، فقال : لا ، والله حتى أرزق أهل الحاضرة فمن أراد بحبحة الجنة فعليه بالجماعة ، وبمثل هذا كتب عمر بن عبد العزيز إلى يزيد ابن الحصين يقول : « مر للجند بالفريضة ، وعليك بأهل الحاضرة ، وإياك والأعراب فإنهم لا يحضرون محاضر المسلمين ولا يشهدون مشاهدهم » .

وهنا يقول راوى هذين الخبرين ، أبو عبيد القاسم بن سلام المتوفى

---

(١) سورة البقرة م ٢ : ٢٣١

(٢) رقم ٤٦٦٨ من مسند الإمام أحمد ، طبعة الأستاذ الشيخ أحمد شاكر .

عام ٢٢٤ هـ[١] . بأنه ليس وجه هذا أنهم لم يكونوا يرون لأهل البادية حقاً فى الفيء، ولكنهم أرادوا أنه لا فريضة لهم راتبة تجرى عليهم من المال كأهل الحاضرة ، الذين يجامعون المسلمين على أمورهم ، ويعينونهم على عدوهم بالنفس أو المال ، مع معونتهم على إقامة الحدود وحضور الأعياد والجمع وتعليم الخير . أما أهل البادية ، فلهم على الأمة المعونة فى أوقات الشدة ، كما إذا أصابتهم جائحة فى أرزاقهم أو دهمهم عدو .

٢٠٧ — د) يروى الإمام أبو يوسف[٢] أنه لما فتح الله العراق والشام على المسلمين أيام عمر بن الخطاب ، أراد فريق كبير من الصحابة قسمة الأرض وما عليها بين أصحاب الحق من المسلمين الفاتحين ، لكن الفاروق رأى أن يترك الأرض بيد ملاكها على أن يدفعوا الخراج والجزية للمصلحة العامة للمسلمين جميعاً ، وكان هذا الرأى توفيقاً من الله لعمر بن الخطاب كما عوّده فى كثير من الحالات .

٢٠٨ — ومن المعروف أن للمالك الحق فى أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ومن ذلك حق البيع لمن يريد ، كما أن للمشترى الحق فى شراء ماشاء إذا رضى مالكه بيعه له . ومع ذلك ، فالفقه الإسلامى أوجب حق الشفعة للشريك أو الجار على ماهو معروف ، فيكون له تملك ما اشتراه الأجنبى جبراً عنه وعن المالك الذى باعه له ، وذلك لأن الحقوق لم يشرّعها الله لضرر الغير بلا ضرورة أو سبب .

إن الفقه الإسلامى يحفظ الحق لصاحبه بلا ريب ، ويبيح له استعماله كما يريد ، ويحميه له من اعتداء الغير . ولكن بجانب ذلك كله ، يعمل التشريع الإسلامى ، من ناحية أخرى ، على ألا يضار الغير باستعمال صاحب الحق حقه ضرراً يكون أكبر من ضرر الحدّ من حرية صاحب الحق ، وذلك تطبيقاً لقاعدة : لا ضرر ولا ضرار ، ودفعاً لأكبر الضررين بالأخف منهما . فهذه القاعدة تحكم استعمال الحقوق ، وفى تطبيقها تحقيق صالح صاحب الحق وصالح الغير معا .

---

(١) كتاب الأموال ، ص ٢٢٧ — ٢٢٨ .

(٢) كتاب الخراج ، ص ١٤ — ١٥ .

٢٠٩ — و) وكذلك تطبيقاً لهذه القاعدة ، يبيح التشريع السماوي للغير أحياناً أن يحفر فى أرض غيره مجرى ماء ليروى أرضه البعيدة عن مصدر الماء . لقد روى يحيى بن آدم القُرشى[1] أنه كان للضحاك بن خليفة الأنصارى أرض لا يصل إليها الماء إلا إذا مرّ ببستان لمحمد بن مَسلمة ، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه ، فأتى الضحاك عمر بن الخطاب ، فقال لابن مسلمة : أعليك فيه ضرر ؟ قال : لا ، فقال له : فوالله لو لم أجد له ممراً إلا على بطنك لأمررته ! وكان أن نفذ ما قضى به ، وكان فى هذا مصلحة للاثنين معا ؛ فقد جاء ببعض الروايات أن الضحاك ، حين أبى عليه مسلمة أن يحفر الخليج بأرضه ، قال له : تشرب منه أولا وآخرا .

تلك المُثُل ، ولو شئنا لآتينا بأخرى كثيرة ، فيها الكفاية لإثبات الطابع الجماعى للفقه الإسلامى ، هذا الطابع الذى نجد فى القرآن وسنة الرسول وأحكام وآراء الجلّة من الصحابة المصدر الأصيل له . وذلك ، كما قلنا ، لأن الشريعة الإسلامية لم تأت لصالح الفرد وحده ، بل لصالح المجتمع كله فى أكبر حدوده .

٢١٠ — أما القوانين التى هى من صنع البشر ، فلم تلاحظ فى أول أمرها هذه النظرة الجماعية أو الاجتماعية السامية ، بل كانت تسودها الروح الفردية ، ولنأخذ مثلا لذلك القانون المدنى الفرنسى الذى صدر عام ١٨٠٤ م . فقد كان هذا القانون وليد الثورة الفرنسية التى كان هدفها الأول تحرير الفرد مما كان ينوء به من قيود وأثقال ، فى السياسة والقانون والاقتصاد وغير ذلك كله من نواحى الحياة العامة . فجاءت هذه الثورة عام ١٧٨٩ م لتقرر أن للإنسان ، باعتباره فردا ، حقوقاً طبيعية بلغت من القداسة ألا يجوز العبث أو المساس بها ، ولو لصالح الغير .

« ومن ثم ، ساد هذا القانون روح فردى قوى يلتئم مع الروح الذى أملى إعلان حقوق الإنسان ، وهو تدعيم حقوق الأفراد وحمايتها ، وينظر إلى الفرد

---

(١) كتابه الخراج ، ص ١١٠ — ١١٢ .

باعتباره العنصر الأهم فى الحياة لا باعتباره جزءاً من كُلٍّ هو الجماعة ولقد كان من نتائج ذلك ، أن أتى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى ، وأن صاحب الحق فى استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التى تحيق بغيره[(1)] ».

٢١١ – ومن الحق ، أن ما حدث بعد عصر الثورة من تطورات اجتماعية واسعة المدى والأهمية ، قد أدى إلى تطور مماثل فى القوانين جعلها تنظر إلى الفرد وحقوقه باعتباره عضواً فى الجماعة ، ومن ثم أخذت فى الحدّ من حُرِّيته فى استعمال حقوقه ، فنشأت نظرية سوء استعمال الحقوق «La théorie de l'abus des droits»

إلا أنه مع ذلك ، بقى من الثابت الذى لا ريب فيه أن نظرة الشريعة الإسلامية لحقوق الأفراد وتقييدها ، بما يحقق مصلحة الجماعة ولا يضر مصلحة الفرد نفسه صاحب الحق ، أوسع مدى وأبعد أثراً من نظرة القوانين الحديثة فى هذه الناحية[(2)] .

٢١٢ – ونعتقد أن هذه التفرقة الواضحة ، بين طابع الشريعة الإلٰهية وطابع القانون البشرى ، ترجع إلى تفرقة أساسية فى أصل حقوق الفرد فى الشريعة والقانون .

إن القانون فى أول أمره ، يعتبر حقوق الفرد حقوقاً طبيعية له ، فهو يملكها ويتصرف فيها حسب مايرى ، ومن ثم لا حرج عليه ولا تثريب إن أساء استعمالها . أما الشريعة الإلٰهية فترى أن الفرد نفسه ، وكل ما يعتبر له عادة من حقوق ، ملك لله تعالى وحده ومنحة منه لعبيده ، ولا يمنح ما يمنح من حقوق الأفراد إلا لغرض حكيم هو تحقيق الخير للفرد والمجتمع معا ، ولذلك نجد تقييد استعمال الحقوق من نواح عديدة مختلفة .

ذلك بأن من المسلّم الذى لا جدال فيه ، « أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح

---

(١) انظر « مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث » ، للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، ص ٥

(٢) مدى استعمال حقوق الزوجية ، ص ٤٣ .

العباد فى العاجل والآجل معا » وقد ذهبت المعتزلة إلى أن أحكامه تعالى معللة برعاية مصالح العباد ، وهذ ما اختاره أكثر الفقهاء المتأخرين[1] . ويترتب منطقياً على ذلك الأساس ، وجوب أن يكون الإنسان فى عمله واستعماله لحقوقه متفقاً مع قصد الله من التشريع ، وإلا كان عمله باطلا لمناقضته للشريعة ومقاصدها .

قبول الفقه للتطور

٢١٣ — كل ضرب من الفقه يجب أن يكون فى طبيعته وأدواته وأصوله ما يجعله قابلا للتطور حسب الزمان والمكان ، ليكون صالحاً للبقاء ، وإلا كان « فقهاً » ميتاً غير صالح للحياة .

والفقه الإسلامى له من كل ما ذكرنا ما جعله خالداً يتطور مع الزمن ، وقد رأينا ، فيما مضى ، بدء هذا التطور وشيئاً منه فى زمن الخلفاء الراشدين أنفسهم . ولو أن رجاله قاموا عليه كما يجب ولم يجمدوا على القديم ، لما كانت الأمة الإسلامية بحاجة مطلقاً للجوء للفقه والقوانين الغربية تأخذ منها تشريعاتها وقوانينها .

وهكذا صرنا إلى حالة مؤلمة من الأخذ عن الغرب فى كل شىء ، حتى كأننا أمة ليس لها مقوماتها الذاتية وتقاليدها الطيبة ، وإن كنا بحمد الله تعالى نرى الآن فجراً جديداً ليوم جديد نعمل فيه لاستقلالنا حتى فى التشريع ، وهذا بفضل الالتفات للشريعة الإسلامية والإفادة منها .

٢١٤ — ووسائل تطور الفقه الإسلامى كثيرة ، ولكن أهمها الإجماع ، القياس ، مبدأ المصالح المرسلة ، وجوب رعاية العرف على شروط خاصة . وقد تكلمنا فيما سبق على الثلاثة الأولى ، والآن نتكلم على المبدأ الرابع مكتفين فى الحديث عنه بالكلام عن : نشأته وتعريفه ، اعتبار الرسول نفسه له ، شروط اعتباره ، مُثُل له فى أزمنة وأمكنة مختلفة .

٢١٥ — ١) العُرف فى اللغة التتابع ، يقال : جاء القوم عُرْفا ، أى بعضهم خلف بعض ، ومنه قوله تعالى : « والمرسلات عرفا » . وينشأ العرف عن العادة ،

(١) الموافقات فى أصول الأحكام للشاطبى ، طبع منير الدمشقى عام ١٣٤١ هـ ، حـ ٢ : ٢ .

وهى ما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة ؛ وذلك لأن اشتقاق كلمة « العادة » ، من المعاودة مرة بعد أخرى ، فإذا تعارفها الناس فى بلد أو بلاد عديدة صارت أمراً معروفاً أو عرفا . وبعض هذه الأمور المتعارفة يرجع إلى دين الأمة ، ومنها ما يرجع إلى تاريخها ، ومنها ما يرجع إلى تقاليدها .

وللعرف على المرء سلطان كبير ، فهو ينزل على أحكامه و إن كان لا يوافق على بعضها ؛ كمن يسرف فى أمور الزواج والمآتم استجابة لداعى العرف وهو ساخط إلا أنه يخشى أن تصيبه المعَرّة إن خرج على ما تعارفه قومه .

وله كذلك سلطانه الكبير على الأمم والحكومات ، فلا تجرؤ على التعديل فيه إلا بقدر ، حذر ما يكون من سلطان العامة وأشباه العامة . ومن المُثل المخجلة لنا فى هذه الناحية ، باعتبارنا أمة إسلامية ، ما تعارفناه من الاحتفال رسمياً كل عام « بالمحمل » والتبرّك بالجمل ، حتى ليمُرُّون مقوده بين أيدى الوزراء والكبراء بين ابتسامات السخرية من كثير من المحتفلين والمدعوين ، برغم زراية الأجانب عن الدين والوطن الذين يذيعون هذا المنظر فى بلادهم رغبة فى الحط منا ومن ديننا[1] !

٢١٦ — ب) ولما للعرف من هذا السلطان ، نرى الرسول صلى الله عليه وسلم يقر ما كان حسنا منه وبخاصة فى باب المعاملات ، كما فى السَّلَم والمضاربة ، وقد تقدم حديث الرسول فى السَّلَم . وفى المضاربة يقول فخر الدين الزَّيلعِى : فإنه عليه الصلاة والسلام بُعث والناس يتعاملونها ، فتركهم عليها ، وتعاملها الصحابة رضى الله عنهم . ألا ترى إلى ما يروى أن عباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مالا مضاربة شرط عليه [أى على المضارب الذى يعمل فى المال تجارة] ألا يسلك به بحرا ، وألا ينزل واديا ، ولا يشترى ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن . فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ذلك فاستحسنه[2] .

---

(١) اقتباس من كتابنا : مباحث فى فلسفة الأخلاق ، الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ ص ١٥٦ ، ويسرنا أن الحكومة قررت هذا العام (١٩٥٢ م) منع الاحتفال به على هذه الصورة المؤلمة .

(٢) الزيلعى ، ج ٥ : ٥٢ — ٥٣ .

٢١٧ — ﺣ) ولأهمية العرف فى الفقه ، نرى الفقهاء يعنون ببحثه ، و بيان ما يجب فيه من الشروط للأخذ به . ومن أهم هذه الشروط ، على الاختلاف فى بعضها ، الا يخالف دليلا أو أصلا من أصول الشريعة . وأن يكون عاماً إلى درجة معقولة بأن يكون عرف بلد على الأقل من البلاد الإسلامية ، و إن كان بعضهم شَرَط عمومه فى البلاد الإسلامية جميعاً .

ولرعاية الشرط الأول ، لا عبرة مطلقاً بتعارف الناس جميعاً ، ولو فى البلاد الإسلامية ، أمراً مخالفاً لشريعة الله ؛ مثل التعامل بالربا ، ولبس الرجال الحرير والذهب ، وشرب الخمر ، ولعب الميسر على تنوع ضروبه . وفيما سوى ذلك فله اعتباره و بناء الأحكام عليه ، تحقيقاً لمصلحة الناس ، والمثل لهذا كثيرة فى نظمنا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

وفيما يختص بالشرط الثانى ، نرى كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى أن العرف لا اعتبار له إن خالف الدليل الشرعى من كل وجه ، كتعارف ما هو محرم مثل شرب الخمر ؛ و إن لم يخالفه من كل وجه ، بأن ورد الدليل عاماً فخالفه فى بعض أفراده أو كان الدليل قياساً ، فإن العرف معتبر إن كان عاماً فى كل بلد — كمسائل الاستصناع — يصلح مخصصاً للحديث[1] ، كما يترك به القياس ، و إن كان خاصاً ببلد دون آخر فإنه لا يعتبر[2] .

على أن من الفقهاء من ذهب إلى أن العرف له قيمته فى بناء الحكم عليه ، حتى إن كان خاصاً ببلد دون آخر ، وحينئذ يثبت حكمه فى هذا البلد الذى تعارفه ، لا فى البلاد الأخرى التى لم تجر عليه[3] . ونعتقد أن هذا هو الرأى الذى يجب

---

(١) كما فى التعارف على نسج الغزل قماشا ويكون للنساج ثلثه ، مع نهى الرسول عن بيع وشرط ؛ لأن الحديث معلول بوقوع النزاع ، والعرف ينفى النزاع . رسالة نشر العرف فى بناء الأحكام على العرف من مجموعة رسائل ابن عابدين ، ﺣ ٢ : ١٢١ .

(٢) الرسالة المذكورة ، ﺣ ٢ : ١١٦ ، ١١٨ .

(٣) رسائل ابن عابدين ، ﺣ ٢ : ١١٦ ، ١٣٢ .

اتباعه ؛ لأن لكل بلد عاداته وأعرافه ، والدين يُسْر لا عُسْر ، فلا معنى لعدم اعتبار مثل هذا العرف الخاص الذى لا يصدم نصاً من نصوص الشريعة .

٢١٨ — وإذا كان العرف ، عاما أو خاصا على الخلاف ، يجيز تخصيص الأثر أو الحديث ويُترك من أجله القياس ، فبالأولى يترك من أجله أقوال الفقهاء وإن كانوا من أئمة المذهب . لأن هؤلاء الفقهاء يفتون فى كثير من أحكامهم بحسب عرف أهل زمانهم ، بحيث لو كان هذا الفقيه أو ذاك فى زمن العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولا ، ولذلك نرى مشايخ المذهب كثيراً ما يذهبون إلى خلاف ما نص عليه المجتهد(١) .

ومن هذا ، الفتوى أخيراً بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان وإمامة الناس ونحو ذلك ، على خلاف ما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه ؛ لانقطاع أعطيات من كانوا يلون هذه الأعمال فى الصدر الأول ، وخوف ضياع القرآن والدين لو لم يأخذ من يقوم بهذه الأعمال أجراً عليها(٢) .

٢١٩ — د) ولبناء الأحكام الفقهية على العرف ، فى البيئات المختلفة زمانا ومكانا مُثُلٌ كثيرة لا يستطيع الباحث حصرها(٣) . وقد ذكرنا فيما سبق بعض هذه المثل ، والآن نشير إلى بعض آخر منها .

من ذلك : جواز بيع الثمار والخضر على الأشجار والأصول ولم تكن ظهرت كلها وقت عقد البيع ، فقد أجازه بعض العلماء للعرف . عدم جواز اتِّجار الوصى بمال اليتيم فى هذا الزمن ، لفساده بفساد أهله . منع النساء من حضور المساجد لصلاة

---

(١) ولهذا ، لا بد للمجتهد والمفتى من معرفة عادات الناس وأعرافهم فى زمنه ، تيسيراً عليهم .

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين ، حـ ٢ : ١٢٥ : ١٢٦ .

(٣) انظر مجموعة رسائل ابن عابدين ، حـ ٢ : ١٢٦ وما بعدها ؛ إعلام الموقعين لابن القيم ، حـ ٣ : ص ١ وما بعدها ، حيث عقد فصلا جعل عنوانه : تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد ، وقال فى أوله : هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة ، التى فى أعلى رتب المصالح ، لا تأتى به . . . .

الجماعة للسبب السابق نفسه ، وكان ذلك مباحا أيام الرسول . مسائل أخرى كثيرة فى الإقرار والأيمان والنذور والزواج وغيرها[١] .

وأخيراً ، نرى مما تقدم مقدار صلاحية الفقه الإسلامى للتطور إلى الخير دائماً بوسائله الخاصة ، حسب الزمان والمكان ومايتجدد من الأحوال والعادات والأعراف وأن من وسائل هذا التطور رعاية العرف ، وأن كتب الفقه مليئة بالأدلة على هذا التطور و بالمثل لبناء الأحكام على الأعراف المتجددة[٢] . ولذلك لا يصح لنا فى هذه النهضة التشريعية أن نَغُلّ أيدينا وعقولنا عن الإفادة من هذا الفقه ، بجمودنا على القديم وحده ، دون مسايرة الزمن الذى يتطور دائما ، ما دمنا لا نخرج عن مقاصد الشرع وأصوله الصحيحة .

غاية النقص

٢٢٠ — و بعد ! هل تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الرومانى ؟ هذا القانون الذى التقى به الإسلام فى كثير من البلاد التى فتحها و بخاصة بالشام والعراق ، ما دمنا قد رأينا بناء كثير من الأحكام الفقهية على الأعراف ، وقد كان لهذه البلاد أعرافها وقوانينها بلا ريب .

قال بهذا التأثر بعض المستشرقين الذين كتبوا فى العقلية العربية وخصائصها ، وأسسها التى قامت عليها ، وما نالها من تأثرات مختلفة . وقد أخذ بعض الكتاب العرب والمسلمين إخذ هؤلاء المستشرقين فى كثير مما ذهبوا إليه ، عن تقليد لهم تارة واقتناع ذاتى تارة أخرى . على أن أحداً منهم لم يَغْلُ ، كما غلا بعض المستشرقين إلى درجة جعل القانون الرومانى مصدراً من مصادر الفقه الإسلامى ، وذلك عن غير بينة أو دليل ، بل عن عدم فهم للفقه نفسه وأصوله .

٢٢١ — ومن أولئك المستشرقين الذين قالوا بالتأثر إلى حد كبير ،

---

(١) انظر أى كتاب فقهى فى هذه الأبواب ؛ إعلام الموقعين ، حـ ٣ : ٣ ؛ وما بعدها ، ٧٠ — ٧١ .

(٢) انظر شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ، ص ٨٩ فى الهامش ، ففيه صفحة طيبة عن تطور الفقه الحنفى فى نظرية التزامات الجوار .

« جُولْدْتْسِيهِرْ »[1] الألمانى و « دى بور » الهولاندى الذى يقول : « بعد أن فتح المسلمون بلاداً ذات مدنيات قديمة ، نشأت حاجات لم يكن للإسلام بها عهد وحلّت محل شئون الحياة العربية البسيطة عادات وأنظمة لم يرشد الشرع إرشاداً دقيقاً إلى وجه الحق فيها ، ولم يرد فى السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق إلى معالجتها ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهى وقائع لم ترد فيها نصوص ولم يكن للمسلمين بدٌّ من الحكم فيها ؛ إما بما يتفق مع العرف ، وإما بما يهديهم إليه إدراكهم لمعنى الخير . ولابد أن يكون القانون الرومانى قد ظل زمناً طويلا يؤثر تأثيراً كبيراً فى هذا الاتجاه فى الشام والعراق ، وهما من ولايات الإمبراطورية الرومانية القديمة[2] .

ومن الذين غلوا غلوًّا كبيراً فى هذه الناحية ، إلى درجة تدعو إلى الاستخفاف والزراية بآرائهم المجردة من الدليل العلمى الصحيح الذى يتطلبه هذا البحث التاريخى المستشرق « آموس — Amos » الذى زعم « بأن الشرع المحمدى ليس إلا القانون الرومانى للإمبراطورية الشرقية ، معدلا وفق الأحوال السياسية فى الممتلكات العربية »[3] .

٢٢٢ — إن أصحاب هذا الرأى لا يستندون إلا إلى ما رأوه من التشابه بين بعض أحكام الفقه الإسلامى والقانون الرومانى ، ثم إلى ما يحدثه بلا ريب التقاء الحضارات والعادات والأعراف القانونية بعضها فى بعض ولكن هل مجرد هذا التشابه إن كان موجوداً حقيقة ، يدل على التأثر الذى يزعمون ، بل على أن الفقه الإسلامى ليس إلا القانون الرومانى مع شىء من التعديل هنا وهناك كما يزعم « آموس » فى جرأة عجيبة على الحق والتاريخ ؟

---

(١) راجع العقيدة والشريعة فى الإسلام ، ترجمتنا مع آخرين ونشر دار الكاتب المصرى سنة ١٩٤٦ م ، ص ٣٩ ، وقد أبدى هذا الرأى فى كتابات أخرى له .

(٢) تاريخ الفلسفة فى الإسلام ، ترجمة الدكتور عبد الهادى أبو ريده ونشر لجنة التأليف والترجمة والنشر عام ١٩٣٨ م ، ص ٤٢ .

(٣) انظر ص ٤١٥ من كتابه Raman Civil Law ، نقلا عن فلسفة التشريع فى الإسلام للدكتور صبحى محمصانى ص ٢٢٢ .

و إن هذا « التشابه » فى الأحكام القانونية ، أو فى غير ذلك من النظم المختلفة أمر طبيعى بين الأمم جميعاً ، لا فرق بين المسلمين والرومان أو غيرهم من الأمم والشعوب المختلفة ، ونجده ماثلا واضحاً فى الفلسفة ومناحى التفكير عامة . ولا نستطيع لمجرد هذا التشابه ، الزعم بأن هذه الأمة هى التى أخذت عن تلك وليس العكس ، بل قد يكون مرجعه إلى ما نعرف من أن العقل الإنسانى السليم يتشابه فى كثير من ألوان التفكير ، دون حاجة لتفسير هذا « الشبه » بالأخذ والتقليد ، وكل هذه أمور بدهية لا تحتاج فى فهمها وتسليمها إلى عناء من التفكير[١] .

٢٢٣ — و بعد ذلك ، هل عرف المسلمون القانون الرومانى ، كما عرفوا فلسفة اليونان ؟ الجواب بالنفى بلا ريب ؛ فإن المسلمين نقلوا للعربية فلسفة اليونان ، وأفادوا منها ، وهم يفخرون بذلك و بجهودهم الفلسفية التى أضافوا إلى جهود فلاسفة اليونان وغيروا بها غير قليل من نظرياتهم وآرائهم الفلسفية ، وقد فعلوا هذا لحاجتهم إلى تلك الفلسفة .

أما فى ناحية القانون ، فلم يحسوا أى حاجة للأخذ عن غيرهم ، لأن لديهم من كتاب الله وسنة رسوله ما يغنيهم عن الاستعانة بغيرهم فى هذه السبيل . ولو كان الأمر على غير هذا ، لحفظ لنا التاريخ كتاباً واحداً أو رسالة واحدة نقلوه إلى العربية من قانون الرومان كما نقلوا كثيراً من تراث الفرس الأدبى والعلمى بجانب تراث اليونان .

بل ، لعل التشريع الرومانى قد أفاد من الفقه الإسلامى ، فيما زيد عليه أيام النهضة الأوربية ، عن طريق الثقافة والعلوم الإسلامية التى كانت من عوامل هذه النهضة كما هو معروف ، وقد يستطيع الباحث الدقيق أن يجد لهذا التأثر مثلا غير قليلة[٢] .

وأخير ، نستطيع أن نقرر بأن اتصال المسلمين بغيرهم من الأمم المختلفة فى البلاد

---

(١) وانظر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته ، إذ يقول : « وتعتبر نظرية التزامات الجوار فى الفقه الحنفى من أبرز الأدلة على قابلية الفقه الإسلامى للتطور مع حاجات المجتمع ، بوسائله الخاصة وبدون أن يتأثر بمؤثرات خارجية » . شرح القانون المدنى ، ص ٨٩ آخر الهامش .

(٢) فلسفة التشريع فى الإسلام ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

التى فتحوها ، كان له أثره بلاريب حين وجدوا أنفسهم فى محيطات جديدة لها عاداتها وتقاليدها وأعرافها إلا أن هذا الأثر لا يعدوا أن يكون إثارة كثير من الوقائع والمشاكل أمامهم ، وكان أن أخذوا فى حلّ هذه المشاكل و إيجاد أحكام لهذه الوقائع مستندين دائماً إلى تشريعهم الأصيل وأصوله الصحيحة ، هذا التشريع وتلك الأصول التى تتسع بالتطبيقات والتفاريع لكل الحوادث والجزئيات التى تختلف وتتجدد باختلاف الزمان والمكان .

٧ — الغرض من دراسة الفقه الإسلامى

٢٢٤ — الشريعة الإسلامية ، والفقه أحد أقسامها الكبرى ، صالحة لكل زمان ومكان . هذه قضية صحيحة بلاريب ، و يلهج بها إخوانى الأفاضل من علماء الأزهر وأبنائه ، بل يلهج بها المسلمون جميعاً . ولكنى لست من الذين يكتفون بإرسال القضايا و إن كانت صحيحة ، بل أرى فرضاً علينا أن نبين صحة هذه القضية التى أصبحت جزءاً من عقيدتنا الدينية ، وأن نعمل على دعمها بالبرهان والدليل .

ولا يكون هذا بمحاولة إيجاد ضروب من المشابهة « Analogie » بين بعض النظريات والآراء فى القانون والفقه الإسلامى ، ولا بتبنّى كثير من التشريعات الرسمية فى القانون المدنى وغيره من فروع القانون . إنما يكون ذلك ، بالعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه ؛ قانون له طابعه الخاص ومبادؤه وأصوله الخاصة ، و يكون محققاً لحاجات العصر وحالّا لمشاكله العديدة المختلفة .

٢٢٥ — إذاً ، فلنكفّ عن ترداد « صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان » ؛ فقد عرف علماء القانون فى الغرب لهذه الشريعة قدرها ، وأقروا فى بعض مؤتمراتهم القانونية صلاحيتها لتكون أساساً للتشريع ، ومن هذه المؤتمرات مؤتمر القانون المقارن الذى عقد فى « لاهاى » فى أغسطس عام ١٩٣٨ ، وكان من قراراته :

ا) اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع .

ب) اعتبارها حية صالحة للتطور .

حـ) اعتبارها قائمة بذاتها غير مأخوذة عن غيرها .

٢٢٦ — وبعد ذلك ، علينا واجب خطير لنصل إلى الغاية التى تريد ، وهى جعل فقهنا الإسلامى المصدر الأول الرسمى لتشريعنا الحديث ، هذه الغاية التى يعتبر بلوغها أمنية كل مسلم محب لدينه وقوميته ووطنه الذى يجب أن يكون مستقلا فى كل شىء وفى التشريع بخاصة .

إن علينا بيان هذا الفقه فى مراجعه الأولى الأصلية ، وهذا لايتأتى إلا بنشر هذه المراجع نشراً علمياً ييسرها للراغبين والباحثين ثم ، بعد ذلك ، نشر أمهات الكتب الفقهية الأخرى التى جاءت فى العصور التالية قبل إقفال باب الاجتهاد . ولا نقتصر من ذلك على مذهب واحد ، ولا على المذاهب الأربعة المعروفة ، بل علينا أيضاً عرض المذاهب الأخرى كمذهب الزيدية والإمامية من مذاهب الشيعة ، والمذهب الظاهرى . ففى هـذه المذاهب الأخرى كنوز من الثروة الفقهية ، وفيها ، وقد أشرنا إلى بعض ذلك فيما سبق ، كثير مما ينفعنا فى نهضتنا الاجتماعية والتشريعية .

٢٢٧ — ومتى تم لنا معرفة هذه المذاهب المختلفة ، علينا دراستها على نحو جديد غير النحو الذى يدرس عليه الفقه فى الأزهر ، نعنى الدراسة المقارنة ؛ بينها ، وبين بعضها وبعض من ناحية ، وبينها وبين القوانين الحديثة من ناحية أخرى . فإن فضل الدراسة المقارنة فى كل نواحى المعرفة فضل معروف غير منكور ، كما ذكرنا فى مقدمة هذا الكتاب .

وقد أدرك ذلك كله من قبل الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، لهذا نجده يقول : « فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه فى جو مصرى يشب فيه على قدم مصرية وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة

فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة فى سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . ومن أهم الوسائل فى الوصول إلى ذلك ، العناية بالشريعة الإسلامية شريعة الشرق ووحى إلهامه وعصارة أذهان مفكريه ، نبتت فى صحرائه وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من روح الشرق ، ومشكاة من نور الإسلام ، يلتقى عندها الشرق والإسلام ؛ فيضىء ذلك بنور هذا ، ويسرى فى هذا روح ذاك ، حتى ليمتزجان ويصيران شيئاً واحداً . هذه هى الشريعة الإسلامية ، لو وطِّئت أكنافها ، وعبّدت سُبُلها ، لكان لنا فى هذا التراث الجليل ماينفخ روح الاستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضىء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية فى القانون[1] » .

٢٢٨ — وبعد هذه الكلمة الطيبة الدقيقة ، نرى كاتبها الأستاذ الكبير يعمل فى القانون المدنى الجديد على الإفادة حقاً من الفقه الإسلامى ، فيأخذ عنه كثيراً من أحكامه فى نواح مختلفة[2] ؛ وبهذا صار من المصادر الرسمية للقانون ، وإن كان لم يأخذ مكانه الجدير به بعد . ثم ، نراه يقول بعد ذلك : « أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يُبْنى عليه تشريعنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمانى التى تختلج بها الصدور وتنطوى عليها الجوانح . ولكن ، قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغى أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن ، ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً من المصادر الرسمية للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة[3] » .

---

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتاب : النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول « فى نظرية العقد » ، ص : و .

(٢) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ص ٤٥ — ٤٧ .

(٣) الوسيط ، ص ٤٨ فى الهامش .

وحين يحين الوقت الذى يمكن فيه جعل الفقه الإسلامى هو المصدر الرسمى الأول عندنا للقانون ، ونرجو أن يكون ذلك قريباً بفضل الله تعالى ، علينا أن نعمل على تقنينه أو تدوينه[1] فى مواد تتضمن خير الأحكام التى توافق العصر ، حتى لا يضل الباحث بين الآراء المختلفة فى مراجعه وكتبه التى لا يكاد يحصرها العادّ

٢٢٩ — وقديماً ، قبل أن ينشأ هذا السيل من الكتب والمؤلفات فى الفقه ، حاول بعض رجالات الإسلام شيئاً قريباً من هذا العمل . فقد علمنا مما سبق محاولة الخليفة المنصور العباسى ، وغيره ممن جاءوا بعده ، حمل الناس على موطأ الإمام مالك ابن أنس . ثم تكررت هذه المحاولات فى غير نجاح ، حتى رأينا أخيراً « المجلة » التى أنشأتها الدولة التركية ، وقامت بها جماعة من كبار رجال الفقه الإسلامى ، وصارت هى القانون الرسمى[2] .

وأخيراً ، رأينا المجهود الكبير الذى قام به فى هذه السبيل المرحوم قدرى باشا ، وكانت نتيجته الطيبة كتبه المعروفة المشهورة . ومن بعده نادى كثير من العلماء الفقهاء بوجوب هذا التقنين أو التدوين ، ومن بينهم الفقيه الكبير المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم .

* * *

أما بعد ! فبهذه الكلمة انتهينا بحمد الله من الكتاب الأول ، وهو « المدخل » الذى طال أكثر مما قدَّرنا له ، وعسى أن يكون فيه من الفائدة ما يكافىء ما لقينا فيه من تعب وبذلنا من جهد نحتسبه عند الله ، والآن نأخذ فى الكلام على الكتاب الثانى .

---

(١) وضع المجمع اللغوى كلة « تدوين » ترجمة لـكلمة «Codification» الفرنسية التى كانت تترجم بكلمة تقنين . وقد آثرنا استعمال الكلمتين معا حتى لا يلتبس التدوين المراد هنا ، بالتدوين الذى عرف سابقا للعلوم الإسلامية .

(٢) انظر الطبعة الأولى منها ، وقد صدرت بالآستانة عام ١٢٩٧ هـ ، وهى تحتوى على ١٨٥١ مادة شملت أبواب المعاملات كلها . وقد صدرت بمقالتين فى تعريف علم الفقه وأقسامه ، وفى بيان للقواعد الفقهية العامة ، ومن هذه القواعد نعرف الأصول التى قامت عليها الفروع والتطبيقات .

القسم الثانى

الأموال

المـــــال

تعريفه :

٢٣٠ — خلق الإنسان على نحو لا يستطيع به أن يعيش وحده مكتفياً بنفسه بل لا بد له من أن يعيش فى مجتمع يفيد منه و يفيده ، ويتأثر به و يؤثر فيه . والذى يعيش وحده هو ، كما يقول أرسطو طاليس المعلم الأول ، إما بهيمة وإما إله .

و إذا كان الأمر كذلك ، كان لا بد من أن تكون معاملات وتصرفات تجرى بين أفراد المجتمع ، كبيراً كان هذا المجتمع أو صغيراً . وهذه المعاملات موضوعها فى الغالب المـال ، كما فى البيع والإجارة والوصية ونحوها . لهذا ، كان من الضرورى وموضوع دراستنا هو المعاملات كما جاءت فى الإسـلام ، بيان المعنى المراد من كلمة : مال .

و إذا كان موضوع المعاملات فى الفقه الإسلامى هو المـال ، فالمال هو موضوع القانون المدنى أيضاً بقسميه : الالتزامات أو الحقوق الشخصية ، والحقوق العينية ؛ فهذه وتلك ، حقوق ذات قيمة مالية[1] .

٢٣١ — المـال ، كما يقول صاحب مختار الصحاح ، معروف ؛ و يقال : رجل مالٌ ، أى كثير المـال ، ولا عجب فى القول بأن معنى المـال معروف ؛ فإن من يقال له مثلا : ليس أن تعتدى على « مال » غيرك ، لا يسأل عن المراد بهذه الـكلمة ، بل يفهمها على التو . وحين قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه » ، نرانا نفهم المراد بالمال كما نفهم المراد بالعرض والدم ، بلا حاجة لتفسير معانى هذه الـكلمات .

على أن صاحب القاموس المحيط ، رأى أن يزيد الأمر وضوحاً ، فقال : « المـال ما ملـكته من كل شىء ، وجمعه أموال » . ثم ، نرى ابن الأثير ، صاحب النهاية فى غريب الحديث ، يوضح المراد أكثر فيقول « المـال فى الأصل ما يملك

(١) الدكتور شفيق شحاته ، شرح القانون المدنى الجديد فى الأموال ، ص ٢ .

منَ الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يُقتنى ويملك من الأعيان . وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم . وتَموّل الرجل صار ذا مال ، وقد موّله غيره » .

٢٣٢ — لكن علماء الفقه أعطوا لكثير من الألفاظ اللغوية معانى اتفقوا عليها فيما بينهم ، وتختلف كثيراً أو قليلا عن معانيها اللغوية ، ومن ثَمّ يقال لها : معان اصطلاحية ، ومن هذه الألفاظ لفظ المال .

لقد عرّف الفقهاء المال ، بأنه : كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه معتاد ؛ ويقول الإمام الشافعى بأنه لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه ، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك[1] . وإذاً ، من المال كل ما نملك من أرض ومتاع وحيوان ونقود ونحوها ؛ وكذلك من المال ما لا نملكه بالفعل ، ولكن يمكن أن يكون مملوكاً ومنتفعاً به انتفاعاً عاديا ، كالسمك فى الماء والطير فى الهواء والحيوان غير المستأنس . ومن ثَمّ ، نفهم أن ضوء الشمس وحرارتها والهواء[2] ونحو هذا وذاك مما لا يمكن حيازته فعلا ، لا يُعَدّ من الأموال وإن كانت فائدته جدّ عظيمة .

ومنافع الأعيان ، مثل سكنى الدور وركوب السيارات ، لا يمكن حيازتها بالفعل ، ولهذا لم يَعُدّها الأحناف مالا . ولكن غيرهم من الفقهاء . كالشافعية والحنابلة ، جعلوا المنافع من المال لأن مصادرها — كالدور والسيارات — يجرى عليها الإحراز والحيازة فعلا . وهذا الرأى هو الصحيح ، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها ، وهكذا العرف ومعاملات الناس ، وقد مال القانون الوضعى إلى هذا الرأى وأخذ به[3] .

---

(١) عن الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ١٩٧ .

(٢) ولكن إذا ضغط الهواء وعبىء فى أنابيب ، صار مالا .

(٣) المال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية ، أياً كان ذلك الحق ؛ سواء أكان عينيا أم شخصيا ، أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، الخ . شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ، حـ ١ : ١٣ .

أقسام

والمال صنوف مختلفه ، ولـكل منها مقوماته وخواصه التى تستتبع أحكاماً خاصة فى الفقه كما فى القانون . فمن المال عقار ومنقول ، ومنه المِثْلِىُّ والقِيمِىُّ ، ومنه متقوم وغير متقوم .

٢٣٣ — العقار هو الثابت الذى لا يمكن نقله ، والمنقول ما أمكن تحويله من مكان إلى آخر . والأول هو الأرض ، والثانى كل ما عليها من زرع وشجر وبناء وحيوان ومتاع . على أن الإمام مالك بن أنس يجعل البناء والشجر من العقار ، لأن المنقول فى رأيه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التى كان عليها ، وغير ذلك هو العقار ، ولا ريب أن البناء بعد هدمه يصير أنقاضا كما يصير الشجر أخشاباً ، وهذا هو الرأى الذى يتفق مع القانون المدنى الجديد كما جاء بالفقرة الأولى من المادة ٨٢ منه .

وفائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول ، تظهر فيما يأتى :

ا) العقار يصح أخذه بالشفعة دون المنقول ، إلا على رأى بعض الفقهاء كما سيجىء ، وإلا إذا بيع المنقول تبعاً للعقار .

ب) ليس للوصى بيع ما يملك القاصر من عقار إلا بسبب يجيز له ذلك ، كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية ، ولـكن له أن يبيع من المنقول ما يرى المصلحة فى بيعه .

حـ) لا خلاف فى جواز وقف العقار ، وفى صحة وقف المنقول خلاف وتفصيل .

د) يجوز بيع العقار قبل قبضه ، بخلاف المنقول .

هـ) يباع ما يملك المدين من منقول أولا لوفاء دينه ، ثم العقار إذا لم يكف المنقول .

و) وفى القانون المدنى لا تنقل ملـكية العقار إلا بالتسجيل ، والرهن التأمينى وحق الاختصاص لا يكونان إلا فى العقار .

٢٣٤ — والمال المثلي هو ماله نظير في السوق بلا تفاوت ، أو بتفاوت يسير يتساهل فيه التجار والمتعاملون ، مثل المكيلات والموزونات والمعدودات ، ومن هذه النسخ المتعددة من كتاب مطبوع . والمال القيمي هو ما لا نجد له مثيلا في الأسواق أو يوجد ، ولكن مع تفاوت كبير يعتد به في التجارة والمعاملات . وذلك مثل الحيوانات من إبل و بقر وغنم ونحوها ، والنسخ المخطوطة ولو من كتاب واحد ، وأراضي الزرع والبناء[1] .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يأتي :

ا) إذا تعدى إنسان على مال مثلي لآخر يكون عليه مثل ما أتلف ، حتى يكون التعويض على أكمل وجه ، أما في القيمي فيضمن قيمته ما دام لا مثل له .

ب) تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك ، وليس كذلك في المال القيمي .

ح) يصح في البيع أن يكون المثلي ثمناً لأنه متعين تماما ، كما يصح طبعاً أن يكون مبيعاً ، أما القيمي فلا يصح أن يكون ثمناً .

٢٣٥ — وأخيراً ، المال المتقوم ما كان محرزاً فعلا ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار ، وذلك مثل العقارات والمنقولات والمطعومات على اختلاف أنواعها ، إلا ما كان محرّما منها . وغير المتقوم ما لم يحرز بالفعل ، أو كان لا يباح الانتفاع به إلا في حالة الاضطرار . الأول مثل السمك في الماء والطير في الهواء ، والثاني كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما بالنسبة لغيره فهما من الأموال المتقومة[2] .

---

(١) تعريف الفقهاء للمثليات والقيميات أدق ، فيما نرى ، مما جاء في القانون المدني الجديد في المادة ٨٥ ؛ ونصها : الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد الخ . لأن هذا « القيام » يعتبر نتيجة كونها مثلية ، لا تعريفا لها .

(٢) يعبر رجال القانون عما نريد بالأموال غير المتقومة بأنها الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون (م ٢/٨١) ، وهذا مما يجعل الأمر في التطبيق يختلف . فالخمر مثلا مال غير متقوم ، فلا تصلح محلا للتعاقد فقهاً ، ولكنها مال متقوم يصلح للتعاقد قانوناً .

لـكن بعض الفقهاء ، كالشافعى وأبى ثور[1] وابن حزم الظاهرى ، يرون أن هذه الأشياء المحرمة لا تعتبر مالا متقوماً حتى بالنسبة إلى غير المسلمين[2] .

ولهذا التقسيم للمال من هذه الناحية ، ثمرة تظهر من أحكامهما المختلفة :

ا) المال المتقوم يضمن لمالـكه من يتلفه مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً ، فى حين لا يضمن شيئاً إن كان غير متقوم . فلو أراق أحد خمر المسلم أو أعدم خنزيراً له لا يضمن شيئاً بما صنع ، بل حسنا فعل . ولـكنهما لو كانا لغير مسلم ضمن ما أتلف ، لأنهما مال متقوم عندهم ، فى رأى جمهرة الفقهاء ، إذ يستحلون تملـكهما والانتفاع بهما .

ب) المال المتقوم يرد عليه البيع والهبة والوصية وسائر المعاوضات المالية وغير المتقوم لا يصلح أن يكون محلا للبيع ونحوه ، و إذا بيع كان العقد باطلا . والاعتبار بالنسبة للتقوم وعدمه ، هو لشرعة واضع اليد عليه .

الملك

تعريفه :

٢٣٦ — الملك هو حيازة الشىء ، متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه والانتفاع به عند عدم المانع الشرعى . فالقيّم على المجنون أو السفيه ، والوصى على القاصر ، لا يعتبر أحد منهم مالـكا لما يتصرف فيه بهذه الصفة من الأموال ، لأنه ليس لأحد منهم أن يتصرف فيما تحت يده إلا بصفته المذكورة ، كما ليس لأحدهم الانتفاع به لنفسه على حين يعتبر كل من المجنون والسفيه والقاصر مالـكا ، ما دام له حق هذا الاستقلال فى التصرف والانتفاع ، لولا المانع الشرعى من ذلك ، وهو أنه تحت ولاية غيره .

---

(١) هو إبراهيم بن خالد بن اليمان الـكلبى البغدادى ، توفى عام ٢٤٠ أو ٢٤٦ هـ

(٢) انظر المحلى لابن حزم ، حـ ٨ : ١٤٧ — ١٤٨ ، اختلاف الفقهاء للطبرى ، ص ١٦٠ — ١٦١ ؛ المبسوط للسرخسى ، حـ ١١ : ١٠٢ — ١٠٥ .

وعلاقة الإنسان بما يملك ، هى أنه مالك ، والشيء مملوك له . أو بعبارة أخرى ، هذه العلاقة هى المالكية بالنسبة للإنسان والمملوكية بالنسبة للمال ؛ فهى إذاً أمر نسبي ، كالأبوة والبنوة ونحوها .

تقسيم المال بالنسبة للملكية :

٢٣٧ — المال ، وإن كان بطبيعته قابلا للتملك ، ينقسم من حيث قبوله لذلك إلى ثلاثة أقسام :

ا) ما لايجوز تمليكه ولا تملكه بحال ، ومن مثل ذلك الأراضى والمنشآت المخصصة للمنافع العامة ، كالطرق والجسور والحصون والسكك الحديد والمكتبات العامة والمتاحف ونحوها .

ب) ما لايجوز ذلك فيه إلا بسبب شرعى ، كالأراضى الموقوفة وأملاك بيت المال ، أى وزارة المالية الآن . فنى الوقف لا يجوز تملك بعض أعيانه إلا إذا رأت المحكمة حلّ الوقف أو استبدال شيء منه . وفى أملاك وزارة المالية ، لايصح تملك شيء منها إلا إذا رأت الوزارة ذلك ، وحينئذ تزول عنها صفة تخصيصها للمنافع العامة [١] .

ح) مايجوز تمليكه وتملكه دائما فى كل حال ، وهو ماعدا ماتقدم مما يملكه الأفراد والجماعات .

هذا ، وملك الشيء قد يقع على الشيء ذاته وعلى منفعته معاً ، وقد يقع فقط على هذه المنفعة . فالمالك لقطعة من الأرض أو دار أو سيارة مثلا ، يملك هذه الأعيان ومنافعها التى تكون منها ؛ فله أن يزرع الأرض ، أو يبنى عليها ، أو يؤجرها ، وله أن يسكن الدار أو يؤجرها أو يبيعها ، وكذلك الأمر فى السيارة . فى حين أن المستأجر أو المستعير أو الموصى له بالمنفعة ، ليس له ملك العين نفسها ، بل المنفعة وحدها .

---

(١) انظر فى هذا ، من الناحية القانونية ، المادة ٨٨ من القانون المدنى الجديد .

أقسام الملك :

٢٣٨ — ينقسم الملك إلى تام وناقص . فالملك التام هو ملك ذات الشيء ، أو كما يعبّر الفقهاء : رقبته ، ومنفعته أيضاً . والناقص ملك المنفعة وحدها ، إذ تكون العين ملك غيره ، أو ملك العين لا المنفعة . والملك التام ليس إلا نوعاً واحداً ، وإن تعددت مُثُله وصوره ، فلا حاجة لإطالة الكلام بذكر بعضها .

ومن تعريف الملك التام ، يتبين أن أهم خصائصه أنه ملك مطلق ، وأنه غير موقوف بزمن مّا ما دام الشيء موضوعُ الملك قائماً ، وأن المالك له حرية الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملك كما يشاء .

أنواع الملك الناقص :

٢٣٩ — هذا الضرب من الملك هو ، كما قلنا ، إما ملك العين أو الرقبة دون المنفعة ، وإما ملك هذه وحدها . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع ، أى يتبع شخصه لا العين المملوكة ؛ وقد يكون حقاً عينياً ، أى تابعاً للعين دائماً وينتقل من شخص إلى آخر ، وهذا ما يسمى « بحق الارتفاق » ولا يكون إلا فى العقار .

ا) يتحقق ملك الرقبة دون المنافع فى صور كثيرة ؛ منها الوصية بسكنى دار معينة أو استغلال أرض معينة ، ومنها الوقف ، والإعارة ، والإجارة . ومنها كذلك الإباحة ، كمن يجعل داره مباحة لمن يبيت فيها من غريب أو عابر سبيل ، أو مكتبة ينتفع بها من يريد من طلبة العلم . ففى هذه الحالات وأمثالها ، تبقى العين ملكاً لصاحبها ، وتكون المنفعة لغيره .

ب) وملك المنفعة وحدها على أنها حق شخصى يكون فيما لو أوصى إنسان بداره ، أو وقفها على شخص بعينه ، فليس له فى هذه الحالة إلا سُكناها بنفسه ، أى ليس له أن يُسْكنها غيره بطريق الإجارة مثلا . كما يتحقق فيمن يعير سيارته أو كتاباً له لآخر ، فإن هذا الآخر المستعير ليس له أن يعير ما استعاره لغيره إلا فى أحوال خاصة وبشروط تُبحث فى باب العارية .

على أن الشافعى و بعض الفقهاء الآخرين ، يرون أن من له ملك منفعة دار مثلا بوصية أو وقف له استيفاء هذه المنفعة بنفسه و بغيره بإعارة أو إجارة ، إن كان هو الناظر أو أذن له الناظر ، وكان الوقف أو الوصية للاستغلال . فإن كان ذلك لسكناه بنفسه ، ليس له الإعارة والاستغلال بالإجارة لغيره[1] .

جـ) أما ملك المنفعة ملكاً عينياً ، بمعنى أن يكون هذا الملك تابعاً للعين لا للشخص الذى له حق المنفعة ، وهو ما يسمى بحق الارتفاق كما قدمنا ، هذا النوع من ملك المنفعة ، هو فى أكثر صوره[2] الحق المقرر لعقار على عقار آخر دون نظر إلى المالك . ومن هذه الحقوق ، وسيجىء الكلام عنها تفصيلا ، حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المرور ، وحق الجوار .

أحكام الملك الناقص :

٢٤٠ — ولهذا النوع من الملك أحكام تميزه عن الملك التام ، نذكر منها ما يأتى:

ا) قبوله التقييد صفة وزماناً ومكاناً[3] . فللموصى بمنفعة داره لغيره بعد وفاته تقييد هذه المنفعة بأنها السكنى ، لا جعلها محل تجارة مثلا ، وللمعير دابته لغيره تقييده بالانتفاع بها فى الركوب ، لا فى جر الأثقال ، ولمعير السيارة اشتراط أن يكون ذلك للركوب ، لا للنقل ؛ ولواقف أو مبيح مكتبته لانتفاع الآخرين اشتراط أن يكون هذا أياماً معينة فى الأسبوع مثلا ، وعدم استعارة شىء منها استعارة خارجية .

---

(١) انظر مغنى المحتاج للشيخ الشربينى الخطيب ، حـ ٢ : ٣٨٩ — ٣٩٠ ؛ نهاية المحتاج لشهاب الدين أحمد الرملى ، حـ ٤ : ٢٨٢ ، ٢٨٨ . وانظر خلاف هذا الرأى عند الأحناف ، بدائع الصنائع للكاسانى ، حـ ٧ : ٣٨٦ .

(٢) قلنا : فى أكثر صوره ، لأن من حقوق الارتفاق ما يكون مقرراً لغير عقار على عقار ، مثل حق المرور .

(٣) وهذا متفق عليه بين الفقهاء جميعا . وعند الأحناف أن لمن جعل لغيره حق منفعة شىء من الأشياء بطريق العارية الرجوع فى ذلك ولو قبل انتهاء الزمن الذى حدده . البدائع ، حـ ٦ : ٢١٦ — ٢١٧ .

ب) عدم قبول توارث هذه المنفعة ، فلا ينتقل حق الانتفاع لوارث من له هذا الحق ؛ ذلك ، بأن الذى ينتقل من وارث لآخر هو الشىء الموجود ، والمنافع تتجدد من آن لآن ، فما وُجد منها بعد وفاة المورث كان معدوماً حال حياته ، فلا يمكن طبعاً أن يورِّثه غيره ، لأن الوارث يرث فقط ما كان موجوداً لوارثه حين وفاته .

على أن الأحناف ، وهم يقولون بعدم توارث ملكية المنفعة[1] ، يستثنون من هذا الحكم العام بعض الحقوق ، كحق المرور والشِّرب ، فإنها تورث وإن كانت من قبيل مِلك المنفعة ، وسيأتى لهذا زيادة تفصيل .

أما الفقهاء الآخرون ، الشافعية والمالكية والحنابلة ، فإن المنافع تورث عندهم ما داموا يعتبرونها أموالا[2] . وعلى هذا ، فالذى أوصى له بسكنى دار مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، يكون لورثته الحق فى الانتفاع بسكنى الدار إلى نهاية المدة . وقد أخذ قانون الوصية الجديد بما ذهب إليه الأحناف ، نعنى بعدم وراثة حق المنفعة[3] .

حـ) لمن له حق منفعة عين من الأعيان تسلم هذه العين ولو جبرا عن المالك ، ومتى تسلمها كانت أمانة فى يده فيجب أن يعنى بها عنايته بملكه الخاص . وإن حدث أن هلكت العين فى يده ، أو أصابها عيب ، وكان هذا بلا تعدٍّ أو تقصير منه ، لا ضمان عليه لأنه أمين ولا ضمان على الأمين . أما إذا كان ذلك بتعدٍّ منه أو إهمال ، كان عليه ضمانها أو تعويض قيمة ما نقصها بالعيب .

د) على المنتفع نفقات العين التى له حق الانتفاع بها ، إذا كانت هذه المنفعة

---

(١) راجع البدائع ، حـ ٧ : ٣٥٣ ، ٣٨٦ ؛ الهداية للمرغينانى ، حـ ٤ : ٢٠٦ — ٢٠٧ .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٩٧ ، و حـ ٦ : ٦٧ ؛ بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوى ، حـ ٢ : ٥١٢ ؛ كشاف القناع لمنصور بن إدريس ، حـ ٢ : ٥٠٣ ، ٥٢١ .

(٣) انظر مادة ٥٩ من القانون .

بالمجان كما فى حالة استعارة دابة أو سيارة مثلا [١] . أما إذا كان الانتفاع بمقابل ، كما فى الإجارة ، فإن تلك النفقات تكون على صاحب العين ؛ وإذاً ، يكون علف الدابة المستأجرة على صاحبها ، وكذلك بنزين السيارة ونفقات إصلاحها .

هـ) ومتى استوفى صاحب المنفعة هذه المنفعة ، وجب عليه ردُّ العين إلى مالكها متى طلبها منه ، إلا إذا كان يضر بالمنتفع . فمن استأجر أرضاً لزراعتها ، وحل الأجل المسمىّ وفى الأرض زرع لم يئن وقت حصاده ، تبقى الأرض بيده حتى يحصد الزرع إلا أن هذا يكون بأجر المِثْل لا بالمجان [٢] .

انتهاء حق المنفعة :

٢٤١ — هذا الحق موقت غير دائم كما علمنا ، وهو ينتهى بأمور :

ا) وفاة مالك العين ، إذا كانت هذه المنفعة بطريق العارية أو الإجارة . أما فى الوصية فلا يبدأ ملك حق المنفعة إلا بعد وفاة الموصى ، وفى الوقف ينتقل هذا الحق من جيل إلى جيل حسب شرط الواقف .

ب) وفاة من له حق المنفعة ، بناء على أن هذا الحق لا يورث .

حـ) إنتهاء مدة الانتفاع ؛ فالموصى له بسكن دار مدة محدودة ، ليس له بعد إنتهائها أن يبقى ساكنا بها .

د) هلاك العين المنتفع بها بلا تعد من مالكها أو غيره . فالذى له حق

---

(١) فى هذا يخالف الشافعية (نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٩٢) ، والحنابلة (كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٨) ، وعند المالكية قول يجعلها على المستعير كالأحناف ، وآخر على المالك المعير كالشافعية والحنابلة ؛ انظر بلغة السالك ، حـ ٢ : ٢٢٩ . ونحن لا نستطيع فهم أن تكون هذه النفقات على المعير ، على حين ينتفع المستعير بالمجان ! وبخاصة وعند الحنابلة ، مع هذا ، أن على الموصى له بمنفعة جارية مثلا نفقتها ؛ لأنه مالك نفعها كما يقولون (كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٢١) ! ثم ، من القواعد المقررة لدى الفقهاء جميعا أن الغنم بالغرم ! وراجع عند الأحناف كتاب الهداية ، حـ ٣ : ١٧٨ ، وغيره من المراجع المعتبرة فى باب العارية .

(٢) البدائع حـ ٦ : ٢١٧ . وانظر عند الشافعية ، فى الإعارة وفى الإجارة بالأولى ، مغنى المحتاج حـ ٢ : ٢٧٣ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٠٣ .

الانتفاع بهذه السيارة عاما مثلا ، ثم هلكت فى أثنائه بلا تعدّ من أحد ، ليس له المطالبة بأخرى ينتفع بها المدة الباقية من العام ؛ وإلا كان على المتعدى ضمان ما أتلف ، وحينئذ يشترى بمبلغ الضمان سيارة أخرى ينتفع بها صاحب الحق المده الباقية له .

حقوق الارتفاق

٢٤٢ — حق الارتفاق هو النوع الثالث من أنواع الملك الناقص ، وهو حق الانتفاع العينى الثابت لعقار على عقار آخر ، بقطع النظر عن شخص المالك . فإن حق سقى أرض من مجرى ماء معين ، أو صرف الماء الزائد عن حاجتها فى مصرف معروف ، أو المرور إليها من طريق هو جزء من أرض أخرى — كل هذه حقوق مرتبة لتلك الأرض على تلك الحال ؛ سواء أكانت مملوكة ملكا عاما أم خاصا ، وسواء بقيت الأرض صاحبة الحق على ملك هذا المالك أم انتقلت إلى مالك آخر . ومن أجل ذلك ، قلنا بأن تلك حقوق عينية ، مادامت تابعة للعين نفسها لا لشخص المالك .

ولحقوق الارتفاق جميعها أحكام عامة تشملها كلها ، ولكل منها مع هذا أحكام خاصة به . أما الأحكام العامة ، فجماعها الا يؤدى استعمالها إلى ضرر بالغير تطبيقاً لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » . فليس لمن له حق الشرب مثلا أن يسرف فى الماء إلى درجة ضرر من تحته من المنتفعين بمجرى الماء ، وليس لمن له حق المرور إلى منزله أو أرضه من طريق لا يملكه أن يضر بمروره غيره ، وهكذا . أما الأحكام الخاصة ، فتجيء عند الكلام على كل حق من هذه الحقوق .

٢٤٣ — ثم ، قد تكون هذه الحقوق على عقارات أو أموال عامة ؛ مثل الأنهار الكبيرة كالنيل وفروعه ، أوالطرق العامة والقناطر والجسور التى لا يملكها أحد من الأفراد ، وحينئذ فحق الارتفاق بها ثابت للناس جميعاً بلا حاجة لإذن أحد

ما دامت أملاكا عامة . وقد تكون هذه الحقوق على أملاك خاصة بفرد أو أفراد وحينئذ لابد لثبوت حق الارتفاق عليها من إذن المالك أو الملاك .

وإذا كان حق الارتفاق لعقار على عقار ولا ندرى سبب هذا الحق ولا وقت حدوثه ، يجب حفظه لصاحبه ، ونفرض أنه حدث قديما بسبب مشروع . فإن ثبت بعد ذلك أنه نشأ بسبب باطل ، حكمنا ببطلانه و إزالته . وكذلك ، إذا كان هذا الحق مضرا بالغير ، كالمسيل القذر فى الملك العام للدولة أو الخاص ببعض الأفراد ، يجب إزالته أيضاً ، لأنه — كما قلنا — لا ضرر ولا ضرار .

هذا ، وحقوق الارتفاق الهامة هى : حق الشرب ، ويتبعه حق المجرى ، وحق المسيل ، وحق الجوار .

١- حق الشرب :

٢٤٤ — الشرب فى اللغة النصيب من الماء . يقول صالح عليه السلام فيما قصه الله علينا فى القرآن [1] : « هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » . ومعناه فى إصلاح علماء الفقه ، النصيب من الماء لسقى الزرع والأشجار ويتصل بحق الشرب على هذا المعنى ، حق آخر يسمى حق الشَّفَة ، ويراد به ما يخص الحيوان والإنسان من الماء لشربه ، فى مقابل ما يلزم للزرع والشجر لسقيه وريه . ولهذا وذاك يعرفه بعض الفقهاء بإيجاز ، بأنه حق الشُّرب والسقى ، أى شرب الإنسان والحيوان وسقى الزروع والأشجار [2] .

والماء ، بالنسبة لحق الشِّرب والشفة ، أنواع أربعة :

ا) الماء الجارى فى مجارٍ عامة لا ملك لأحد عليها .

ب) ماء الأنهار أو الجداول الخاصة المملوكة لأحد من الناس .

---

(١) الشعراء ك ٢٦ : ١٥٥ .

(٢) انظر البدائع ، حـ ٦ : ١٨٨ .

حـ) ماء العيون والآبار ونحوها .

د) الماء المحرز فى أوان خاصة .

٢٤٥ — فالنوع الأول ، كالنيل ودجلة والفرات من الأنهار العظيمة ، لكل أحدحق الانتفاع منه ، لنفسه ودوابه وزروعه وأشجاره . وللمحتاج للماء نصب ما يشاء من آلات على هذه الأنهار لجرّ الماء لأرضه ، وفتح الفتحات عليها ، ونحو ذلك مما يُيسِّر له الانتفاع بالمال فى كل الوجوه[1] .

إلا أن ذلك كله مشروط بعدم الضرر بالغير ، وإلا وجب الحدّ من تصرفاته لإزالة هذا الضرر[2] . وقد عُنيت لوائح الرى عندنا بمصر بترتيب الانتفاع بالماء العام فى تلك الأنهار والتّرع على وجه حسن لا ضرر فيه ولا ضرار .

٢٤٦ — وفى النوع الثانى ، يثبت لكل أحد من الناس حق الشفة ، لا حق الشرب . فلكل إنسان الحق فى أن ينتفع بهذا الماء لنفسه وحيوانه ، ولكن ليس له أن يسقى منه زروعه وأشجاره إلا بإذن مالك مجرى الماء[4] .

وثبوت حق الشفة فى هذا الماء أمر واضح وضرورى . لأنه ما زال مباحا للجميع ، ما دام لم يحرزه أحد ؛ ولأن المرء — وبخاصة حال السفر — يحتاج للماء حاجة تتجدد دائمًا ، ولا يستطيع أن يحمل معه كل حاجته منه ؛ ولأنه لا ضرر على مالك الأرض

---

(١) الأصل فى ذلك قول الرسول : « الناس شركاء فى الماء والكلأ والنار » (كتاب الأموال لابن سلام ص ٢٩٥) . والكلأ هو الحشيش الذى ينبت من نفسه ، فهو مباح لكل الناس ولو كان فى أرض مملوكة لبعضهم ، ولكن إن أحرز إنسان شيئاً منه صار ملكا خاصاً له . ومن أوقد ناراً ولو فى مكان مملوك له ، كان لكل أحد حق الاستضاءة والاصطلاء بها والقبس منها ، وإن كان لصاحبها المنع من دخول المكان المملوك له إلا بإذنه . ومن ذلك كله ، يتبين أن الشركة التى يتكلم عنها الرسول ، هى شركة إباحة للانتفاع ، لا شركة ملك فيها .

(٢) راجع البدائع ، حـ ٦ : ١٩٢ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٥٥ ؛ المغنى لابن قدامة الحنبلى ، حـ ٥ : ٥٣١ .

(٣) تكملة فتح القدير شرح الهداية ، حـ ٨ : ١٤٤ . وفى رأى الإمام يحيى من أئمة الشيعة ، وقول لبعض أصحاب الشافعى ، ورواية عن ابن حنبل — فى رأى هؤلاء جميعاً أن صاحب النهر الخاص أو العين أو البئر يملك المجرى والماء معا ، لكن عليه بذل ما فضل عن حاجته لغيره . الروض النضير ، حـ ٣ : ٣١٠ .

التى يجرى فيها هذا الماء ، أن ينتفع المارّ به لنفسه ودابته ، ولو ناله ضرر يسير من ذلك وجب احتماله بجانب ما قد يصيب المحتاج للماء لو منع منه .

لكن ، قد يكون فى إباحة سقى الأرض والزرع والشجر من ذلك الماء ما يضر ضرراً بليغاً بصاحب النهر أو الجدول الخاص ، ولذلك لم يثبت الشرع حق الشرب فيه فإنه قد يترتب على إثبات هذا الحق ألا يجد المالك نفسه من الماء ما يكفى لسقى أرضه وزرعه وشجره ، مع أن ملكيته لمجراه يجعل له حقاً ممتازاً فيه على سائر الناس(١) ولهذا ، يرى أكثر الفقهاء أن له منع الغير من الاستقاء من هذا الماء لنفسه ودوابه إن كان ذلك يضر به ضررا كبيراً ، بألا يبقى له من الماء حاجته الضرورية .

٢٤٧ — ويثبت فى النوع الثالث ، وهو ماء الحياض والآبار والعيون ، حق الشفة دون حق الشرب(٢) مثله فى هذا وذلك مثل مياه النوع الثانى السابقة . فإن أبى صاحب المجرى الخاص ، أو صاحب البئر ونحوه ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجاتهم .

والأصل فى هذا ، أن قوما سَفْرًا وردوا ماء فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منهم وسقى دوابهم فأبوا ، فلما رجعوا وذكروا ذلك لعمر بن الخطاب قال · هلاّ وضعتم فيهم السلاح(٣) . والإذن بقتال صاحب البئر ونحوه هذه الحالة ، مشروط بألا يجد المحتاج للماء ماء آخر قريبا من ذلك الماء ، وإلا كان عليه أخذ حاجته منه وترك ماء الشحيح بمالا يصح الشح به من إنسان(٤) .

---

(١) البدائع ، حـ ٦ : ١٨٩ · والقانون المدنى الجديد (مادة ٨٠٨) يؤكد ذلك ، ففيها أن من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا ، كان له وحده حق استعمالها . ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين الانتفاع بها ، بعد أن يكون صاحب الحاجة قد استوفى حاجته منها الخ ، بتصرف فى التعبير ·

(٢) وفى ذلك يذكر الطحاوى أن من كانت فى أرضه بئر أو عين ، كان له منع الناس من دخول أرضه ؛ إلا أن يكون بالناس إلى ذلك حاجة ولا يجدون ماء من غيرها ، فيكون عليه إباحتهم ماءها لسقائهم ومواشيهم ، وليس عليه إباحتهم ذلك لزروعهم . مختصر الطحاوى ، ص١٣٦ .

(٣) الخراج لأبى يوسف ، ص ٥٥ ؛ البدائع ، حـ ٦ : ١٨٩ . وقد تقدم هذا بتفصيل أكثر عند الكلام على طبيعة الفقه الإسلامى وخصائصه .

(٤) تكملة فتح القدير ، حـ ٨ : ١٤٥ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ٢٩١ — ٢٩٢ ·

٢٤٨ — بقى النوع الأخير ، وهو الماء الذى يكون محرزاً لبعض الناس فرداً أو جماعة ، ويدخل فيه الجرار والصهاريج والماء الخاص بشركة المياه عندنا بمصر ونحو ذلك كله . وهذا الماء يكون ملكا خاصاً لصاحبه ، فليس لأحد حق الانتفاع به بأى وجه من الوجوه إلا بالاتفاق معه . وفى هذا يُروى عن الرسول أنه نهى عن بيع الماء إلا ما حُمِلَ مِنْه[1] ، كما أن ذلك أمر طبيعى للمجهود والنفقة التى تكلّفها من قام بإحرازه .

على أنه بناء على أن الناس شركاء فى الماء بنص الحديث عن الرسول ، فإن من خاف على نفسه الهلاك من العطش ، ولم يجد إلا هذا الماء المحرز المملوك ملكا خاصاً ، كان له أخذ حاجته منه ، ولو بالقوة ، ليدفع عن نفسه الهلاك ؛ ولكن عليه مع ذلك دفع قيمة ما أخذ ؛ لأن حِلَّ أخذ ما يحفظ الحياه من ماء أو طعام بالقوة فى حالة الضرورة ، لا ينافى الضمان بدفع قيمة ما أخذ وانتفع به .

٢٤٩ — وهناك أحكام عامة فيما يتعلق بالانتفاع بالمياه على اختلاف أنواعها ، ونذكر من هذه الأحكام ما يأتى :

ا) المحافظة على حافة البئر والعين والنهر أو مجرى الماء مطلقاً ، فإن لم يفعل صاحب الحق فى الانتفاع بالماء هذا كان لصاحب ذلك منعه من الانتفاع لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » . ومن الضرر ، أن يترك المنتفع الماء يرشح فى أرض جاره على وجه غير معتاد فيضرها ، وعليه الضمان إن حصل ذلك منه وكان متعدياً .

ب) على المنتفع بهذا الماء الوصول إليه من طريق عام غير مملوك لأحد ؛ فإن لم يوجد ، ولم يكن هناك ماء آخر ، كان على صاحب المجرى الخاص والطريق الخاص الإذن لصاحب الحق فى الوصول إلى الماء منه ، أو يخرج له حاجته من الماء إن لم يرض الإذن له بالمرور فى ملكه .

---

(١) الأموال لابن سلام ، ص ٣٠٢ .

حـ) إذا كان حق الشِّرب من نهر أو جدول واحد ثابتاً لأناس كثيرين ، كان عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلا بنسبة مقدار ما يملك كل منهم ؛ وهذا يكون بالمناوبات الزمنية ، أو بفتحات تتناسب ومساحة الأرض التى يملكها كل من لهم هذا الحق فى الانتفاع بالماء[١] .

د) هذا الحق يورث وتصح الوصية به ، حتى على رأى الأحناف[٢] الذين يرون عدم توارث ملكية المنافع على ما ذكرنا من قبل . كما يجوز بيعه تبعاً للأرض بين الفقهاء جميعاً . وفى بيعه استقلالاً خلاف ، فقيل لا يجوز ، لأن الشِّرب نصيب من المال مجهول الكمية ، و بيع المجهول لا يصح لما فيه من الغرر أو الظلم ، ولأن الحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء والإجارة[٣] .

على أننا لا نرى مانعاً من ذلك ؛ لأنه يتفق مع العرف أحياناً ، وقد يكون فى بيعه مصلحة ضرورية أحياناً أخرى . وذلك ، كما فى حالة من يملك قطعة دون حق الشرب اللازم لها ، فمن الخير — إن لم نقل من الضرورى — جواز شراء هذا الحق من مالكه ليسقى أرضه وما عليها .

٢) حق المجرى :

٢٥٠ — هو حق صاحب الأرض ، البعيدة عن مجرى الماء ، فى إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وقد يكون المجرى نفسه مملوكا للجار ، أو لصاحب الأرض المحتاجة له ، أولهما معاً ، أو مشتركا بينهما و بين آخرين . وعلى كل ، فليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان لهذا إجراؤه برغم أنفه .

روى يحيى بن آدم القرشى « أن رجلا كان بينه و بين الماء أرض لرجل » فأبى صاحبها أن يدعه يرسل الماء فى أرضه ، فقال له عمر بن الخطاب رضى الله عنه :

---

(١) انظر مثلا ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٥٨ ؛ المغنى لابن قدامة ، حـ ٥ : ٥٣٣ — ٥٣٤ .
(٢) البدائع ، حـ ٦ : ١٨٩ ، ١٩٠ . وفيه أنه لا يجوز إجارته قصداً ، بل تبعا كالبيع .
(٣) البدائع ، حـ ٦ : ١٨٩ ، ١٩٠ .

« لو لم أجد للماء مسيلا إلا على بطنك لأجريته[١] » وقد ذكرنا ، فيما تقدم[٢] ، حادثا مثل هـذا ، وفيه أن الخلاف كان بين الضحاك بن خليفة الأنصارى ومحمد بن مسلمه .

وإذا كان المجرى مشتركا بين متعددين . لم يكن لأحدهم سدّه فلا يصل الماء إلى من دونه . إلا إذا تراضوا فيما بينهم على أن يسده كل فى نوبته ، أو رضوا أن يسدّه فى نوبته وحده من كانت أرضه مرتفعة فلا يبلغها الماء إذا ترك سائرا فى طريقه العادى . فإن أبوا عليه سدّ المجرى فى هذه الحالة ، كان عليه أن يقيم عليه آلة ترفع المـاء إلى أرضه . ذلك ، بأن القاعدة العامة ، فى هذا ونحوه ، هى أنه لا ضرر ولا ضرار ، وأنه يجب احتمال الضرر اليسير فى سبيل دفع الضرر الـكبير[٣] .

٢٥١ — هذا ، وإصلاح الأنهر والمساق والمصارف العامة على بيت المـال ، أو وزارة المالية بلغة هذا العصر ، على أن الجهة التى تقوم به عندنا هى وزارة الأشغال العمومية . وإنما كان إصلاح هذه الأنهار على بيت المال ، « لأن منفعتها لعامة المسلمين ، فـكانت مؤنتها من بيت المال ، لقوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان[٤] » .

أما الأنهار والمساق الخاصة ، فإن إصلاحها على الملاك المنتفعين بها ، لأن الغنم بالغرم كما هو مقرر ، وكل حق فى مقابله واجب[٥] . ومن أبى منهم ذلك وجب جبره عليه . فإن امتنع الشركاء جميعاً ، لم يكن لأحد أن يكرههم على القيام بالإصلاح ، ما دام الضرر فى الإهمال لا يعود إلا عليهم دون غيرهم .

---

(١) كتاب الخراج ، ص ١١٠ . وانظر موطأ مالك ، حـ ٢ : ١٢٢ — ١٢٣ .
(٢) بحث طبيعة الفقه الإسلامى وخصائصه .
(٣) البدائع ، حـ ٦ : ١٩٠ — ١٩١ .
(٤) البدائع ، حـ ٦ : ١٩٢ . وانظر ابن عابدين ، حـ ٥ : ٢٩٣ .
(٥) البدائع ، حـ ٦ : ١٩١ — ١٩٢ ؛ المغنى ، حـ ٥ : ٥٣٧ .

٢٥٢ — هكذا يرى الفقهاء المتقدمون و بعض المتأخرين[١] . ولكننا نرى — مع ذلك — أن لولى الأمر إكراههم على الإصلاح إذا كان الأمر على جانب من الخطر ، لأن غنى الأمة وفقرها من غنى وفقر أفرادها . وبدهى أن ترك الملاك إصلاح ما يملكون من أنهار وجداول ، بحيث يكون عن ذلك كبير ضرر لهم ، فيه تفويت جانب كبير من الثروة العامة على الأمة جميعا .

وهذا الرأى الذى نذهب إليه ، رعاية المصلحة العامة ، هو ما ذهب إليه التشريع المدنى ، فقد جاء بالمادة ٨١١ من القانون الجديد : « إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم .

حق المسيل :

٢٥٣ — الفرق بين المجرى والمسيل هو أمر واحد ؛ فالأول — كما ذكرنا — هو لجلب الماء الصالح للأرض ، والثانى هو لصرف الماء غير الصالح عنها أو عن الدار . ولهذا تكاد تكون أحكامهما واحدة ، فلا حاجة للإطالة فى ذلك ولا لذكر مراجع ما نذكره منها خاصة بحق المسيل .

حق المسيل هو إذاً حق صرف الماء الزائد عن الحاجة ، بوساطة مجرى ظاهر أو مستتر أو أنابيب أو ميازيب معدة لذلك ، حتى ينتهى هذا الماء إلى المصارف أو المجارى العامة . وهذا الماء الذى يراد صرفه ، قد يكون مأتاه أرضا زراعية أو داراً من الدور ، أو مصيفا أو محلا عاما كمقهى ومطعم ونحوهما . وقد يكون المسيل مملوكا للمنتفع به إلا أنه يمر بملك جار له ، كما قد يكون لصاحب الدار أو الأرض التى يمرّ فيها :

٢٥٤ — وعلى كل حال ، متى ثبت هذا الحق لعقار لم يكن لصاحب المسيل المانعة فى انتفاع صاحب العقار به ، إلا إذا أضر ذلك به ضررا بينا فله حينئذ منعه

---

(١) ابن عابدين ، جـ ٥ : ٢٩٣ .

ثم ، لا يبطل هذا الحق بتغير صفة العقار الذى ترتب له ؛ بأن يكون أرضا زراعية فصار منزلا أو مصنعا مثلا ، أو بالعكس .

وكما هى الحال فى المجرى ، تجب نفقات إصلاح المسيل على صاحب الحق فيه لأنه المنتفع به . وعلى من هذا المسيل فى ملكه ، تمكين صاحب الحق فيه من إصلاحه بدخوله فى ملكه ، أو يقوم المالك على حسابه بذلك .

حق المرور :

٢٥٥ — هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه ، داراً أو أرضا ، بطريق يمر بملك غيره ؛ سواء أكان هذا الطريق ملكاً لهذا الغير ، أم لهما معاً ، أم كان طريقاً عاماً للجميع .

ويجب قبل الأخذ فى مسائل هذا الحق ، بيان الأصل الذى تبنى عليه هذه المسائل ، وكذلك مسائل حق الجوار ، عند الإمام أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد بن الحسن . فبهذا الأصل تعرف أحكام هذه المسائل على اختلافها ، ويبين ما يجوز للمالك وما لا يجوز له من التصرفات فى ملكه إذا تعلق به حق الغير .

يرى الإمام أن الأصل فى تصرفات المالك فى ملكه ، إذا تعلق به حق الغير ، الحظر لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير ، فليس للجار التصرف فى ملكه من غير رضا صاحب الحق وإن لم يضره هذا التصرف . على حين يرى الصاحبان أن الأصل فى ذلك الإباحة ؛ لأنه تصرف فى ملكه ، والملك يقتضى إطلاق اليد فى التصرف كما يريد المالك ، إلا إذا كان فى بعض هذه التصرفات ضرر بالغير صاحب الحق فيُمنع حينئذ المالك منها[١] . ويجيء بعد ذلك الكلام فى الضرر اليسير والضرر العظيم ، ولكل منهما أثره فيما يجوز أولا يجوز من تصرفات المالك فيما يملك ..

---

(١) راجع الهداية وشرحها فتح القدير ، حـ ٥ : ٥٠٢ — ٥٠٣ ؛ البدائع ، حـ ٦ : ٢٦٤ — ٢٦٥ ؛ شرح الزيلعى على الكنز ، حـ ٤ : ١٩٥ . ونحن نرى أن رأى الصاحبين هو الحق الذى يجب أن نثق به ؛ لأنه بدهى القول بحرية المالك ، ويكفى أن تقيد بعدم الإضرار بأحد ، فحق تصرف المالك فى ملكه لا يمنع لنفسه بل لما يكون عنه من ضرر بالغير .

٢٥٦ — بعد ذلك نذكر أن حق المرور فى الطريق العام ثابت للناس جميعاً على السواء بلا قيد ولا شرط ، ولكل صاحب عقار على هذا الطريق فتح ما يشاء من أبواب ونوافذ عليه . ولكن ليس لأحد أن يحدث فيه ما فيه ضرر بالمرور ، فإن كان لا يضر كان جائزاً بشرط إذن ولى الأمر عند أبى حنيفة ؛ وإلا ، كان لأى إنسان منعه وهدم ما أحدثه ، من نحو شُرْفة أو دكان أو مصطبة أو غراس أشجار[١] .

وفى هذا ، يقول شمس الأئمة ، وهو من رجالات مذهب أبى حنيفة : « إن كان الإحداث — أى الظلّة والشرفة والدكان ونحوها — يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك . فإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق ، جاز له إحداثه ما لم يُمنع منه ؛ لأن الانتفاع بالطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذلك كل ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه . وإذا أضر بالمارة لا يحل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » . وهذا نظير من عليه الدين ، فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تأخيره . وعلى هذا ، القعود فى الطريق للبيع والشراء ، يجوز إن لم يضرّ بأحد ، وإن أضر لم يجز لما قلنا[٢] » .

٢٥٧ — الطريق الخاص وهو ما كان ملكا لجماعة مخصوصين ، أو كان سكة غير نافذة كما يعبر الفقهاء المسلمون ، فمن البدهى أن يكون الانتفاع به حقاً لأهل هذا الطريق وحدهم ، فليس لأحد غيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم فإن فعل ، كان لأى منهم منعه ، سواء أضرّ ذلك بهم أم لم يضر ؛ لأن حرمة أو عدم صحة هذا التصرف لا يتوقف على المضرة وحدها ، ما دام المتصرف أجنبياً تماما عن هذا الطريق الخاص[٣] .

ولأن هذا الطريق خاص بأهله ومملوك لهم ، جاز لمن يريد من أصحابه باب

---

(١) الهداية ، حـ ٤ : ١٥٤ ؛ شرح الزيلعى لمتن الكنز ، حـ ٦ : ١٤٢ ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ٥٠٥ .

(٢) شرح الزيلعى ، حـ ٦ : ١٤٢ .

(٣) شرح الزيلعى ، حـ ٦ : ١٤٣ ب ؛ المرجع نفسه ، حـ ٤ : ١٩٥

داره الذى كان مفتوحاً عليه إعادة هذا الباب ، كما يجوز هذا أيضاً لمن يملك هذه الدار من بعده ، وفى هذا تقول المادة ١٢٢٢ من « المجلة » : « إذ سدّ أحد بابه الذى هو فى الطريق الخاص ، فلا يسقط حق مروره بسدّه إياه ، فيجوز له ولمن اشترى منه أن يفتحه ثانياً » ، وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى العِمادّية فى باب الحيطان .

٢٥٨ — والطريق الخاص قد يكون غير نافذ ، كما يكون نافذاً على ما نشاهد كثيراً هذه الأيام ، وعلى كل حال فهو مملوك لأهله . فلا يجوز لغيرهم الانتفاع به إلا بإذنهم ، ومع هذا ، فإن لكافة الناس حق الانتفاع به بالمرور فيه عند زحمة الطريق العام ، ولذلك ، ليس لأصحابه سدّه أو إزالته ، احتراماً لهذا الحق الذى للعامة فيه .

وفى هذا ، يذكر صاحب جامع الفصولين ، وهو ابن قاضى سماونه أو سماوه : ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا[1] ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه السكة ، وإن كانت ملكاً ظاهراً لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق ، وهو أنه لو ازدحم الناس فى الطريق ، لهم أن يدخلوها حتى يخفّ الزحام ، وقال أبو حنيفة فى سكة لا تنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ولو اقتسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم إذ أكثر الناس فيه ، كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام[2] » ، وذلك هو الجارى العمل عليه هذه الأيام بحمد الله .

هـ — حق الجوار :

يطلق هذا الحق على أمرين :

ا) حق التعلّى الثابت لصاحب العُلوّ على صاحب السُّفل .

ب) حق الجوار الجانبي المعروف الثابت لكل من الجارين على الآخر .

---

(١) الدرب الطريق ، وباب السكة ، وهذا هو المراد هنا .

(٢) جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٩٧ .

٢٥٩ — إذا كانت الدار بين شريكين لكل منهما طبقة فيها ، يكون لمالك الطبقة العليا حق القرار على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها ، وهذا الحق ثابت دائماً لصاحب العُلوِّ فلا يزول بهدمه أو انهدام السُّفْل أو هما معاً ؛ فإذا زال العلو كان لصاحبه ، أو لمن يرثه من بعده ، إعادة بنائه حين يريد .

ولأن كلاً من حق صاحب الدور الأعلى وصاحب الدور الأسفل متعلق بالآخر كان ملك كليهما ليس خالصاً لصاحبه ، فليس لأحدهما أن يتصرف بملكه تصرفاً يضر بالآخر . أى ليس لصاحب العُلو بناء طبقة أخرى فوق طبقته يضر بناؤها بالسفل بزيادة الثِّقل عليه ، وليس لصاحب السُّفل إحداث فتحات مثلا ببنائه توهن البناء فلا يقوى على تحمل ما فوقه(١) . بل ، ذهب أبو حنيفة ، بناء على أصله كما تقدم ، إلى أنه ليس لصاحب السفل أن يحدث فى بنائه أى شىء كدق وتد أو فتح نافذة ، إلا برضاء صاحب العلو وإن لم يضر به . فى حين ذهب الصاحبان ، بناء على أصلهما كما سبق أيضاً ، إلى أن لصاحب الدور الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالدور الأعلى(٢) وهذا هو الرأى الصحيح الواجب اتباعه عندنا .

٢٦٠ — والجوار الجانبى لا يتطلب إلا حقاً واحداً لكل من الجارين على الآخر ، وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه — فى سبيل انتفاعه بما يملك — ضرراً فاحشاً بيّناً ، على أن الفقهاء يختلفون فى هذا اختلافاً كبيراً .

فقياس المذهب عن الأحناف ، بل أهم خاصة للملك التام ، يقتضى أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كما يريد مهما أضرّ بجاره ، وإن كان ليس له فِعْل ما يضر به ديانة لا قضاء ، وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ : « للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء ، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أم لا يتعدى ؛ فله أن يبنى فى ملكه حمَّاماً أو رحىً أو تنُّوراً ، وله أن

---

(١) هذا متفق عليه بين أبى حنيفة وصاحبيه .

(٢) انظر مثلا كتاب الهداية وشرح فتح القدير عليها ، حـ ٥ : ٥٠٢ — ٥٠٣ .

يقعد فى بنائه حدّاداً أو قصّاراً ، وله أن يحفر فى ملكه بئراً أو بالوعة ، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره أن يمنعه ، حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه . إلا أن الامتناع عما يؤذى الجار واجب ديانة للحديث ، قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمن من أمِن جاره بوائقه » ، ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار ، لا يضمن ، لأنه لا صُنع له فى ملك الغير »[1] .

وعن هذه النظرة ، صدر من قبل شمس الدين محمد بن أحمد السَّرَخْسى إذ يقول : « للإنسان أن يتصرف فى ملك نفسه بما يبدو له ، وليس للجار أن يمنعه من ذلك ، وله أن يتخذ فيها حماما أو تنوراً لأنه يتصرف فى خالص ملكه . والحاصل ، أن من يتصرف فى خالص ملكه لم يُمنع منه فى الحكم ، وإن كان يؤدى إلى إلحاق الضرر بالغير[2] » .

٢٦١ — لكن الفقه الإسلامى كائن حى ، ومن شأن كل حى التطور حسب الزمان والمكان ، ومن ثمّ فمن جاء بعد ذلك من فقهاء الأحناف يذهبون ، من باب الاستحسان لا القياس ، إلى الحد من حرية المالك حتى لا يضر بما يصنع فى ملكه جاره ضرراً بيناً غير متعارف احتماله[3] .

من ذلك ما ذهب إليه فخر الدين الزيلعى ، المتوفى عام ٧٤٣ هـ ، من أن للمالك أن يتصرف كما يشاء فى ملكه ، ما لم يضر بجاره ضرراً ظاهراً ، وفى هذا يقول : « ولو أراد بناء تنور فى داره للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين ، أو رحاً للطحن ، أو مدقات للقصارين ، لم يجز لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن

---

(١) البدائع ، حـ ٦ : ٢٦٤ وإلى هذا الرأى ذهب الشافعى وابن حنبل ، انظر فتح القدير حـ ٥ : ٥٠٦ .

(٢) المبسوط ، حـ ١٥ : ٢١ ، وقد توفى السرخسى فى أواخر القرن الخامس .

(٣) ينبغى هنا أن نلاحظ ما ذكرناه فى حق المرور عند الإمام أبى حنيفة وصاحبيه ، من الاتفاق على منع أن يحدث أحد فى ملكه ما يضر بمن لهم حق المرور فى الطريق .

التحرز عنه . والقياس أن يجوز ، لأنه تصرف فى ملكه ، وتُرك ذلك استحسانا لأجل المصلحة [١] » .

وبعد الزيلعى نجد الكمال ابن الهمام ، المتوفى عام ٨٦١ ﻫ ، يذهب إلى هذا الرأى من وجوب منع المالك من أن يصنع بملكه ما يضر جاره ضرراً بيّناً ، ويسوق لهذا أمثلة كثيرة كالتى ذكرها الزيلعى ونحوها . على أنه يلاحظ أن حديث : « لا ضرر ولا ضرار » لا يفيد امتناع المالك عن كل ما يسبب لجاره أى ضرر ، و إلا كان هذا إضراراً بالمالك نفسه بل يجب تخصيصه بالضرر الفاحش أو البيّن ؛ وهو ما يكون عنه توهين البناء أو هدمه بالأولى ، أو لا يستطيع معه الجار الانتفاع بداره وهذا هو الرأى الذى اختاروه للفتوى [٢] .

وهذا الرأى المفتى به ، هو ما ذهب إليه بعد هؤلاء جميعا ابن عابدين المتوفى عام ١٢٥٢ ﻫ . ومثّل للضرر البين بمثل كثيرة ، منها فتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ، وبما يمنع الضوء عن الجار . وزاد على ذلك كله ، بأن المالك كما يمنع مما يضر بجاره ضرراً بيّنا ، يُمنع مما يكون الأمر فيه مُشكلا . ومعنى هذا أنه لا يباح للمالك من التصرفات إلا مالا ضرر فيه على الجار ، أما ما بان ضرره الفاحش ، أو أشكل فيه الحال ، فإنه ممنوع [٣] .

٢٦٢ — هذه الثروة الفقهية الإسلامية ، التى لا نكاد نجد لها مثيلا فى الفقه الغربى ، هى التى جعلت واضعى التشريع المدنى الجديد يفيدون منها أجلّ فائدة فى تشريع التزامات الجوار ونظرية التعسف فى استعمال الحق [٤] . وهى أيضا دليل

---

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، حـ٤ : ١٩٦ ، وعلى هذا الرأى الإمام مالك بن أنس فهو القائل بالمصالح المرسلة .

(٢) فتح القدير ، حـ ٥ : ٥٠٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، حـ ٤ : ٣٧٥ — ٣٧٧ .

(٤) انظر الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، للأستاذ الدكتور السنهورى ، ص ٤٥ فى الهامش وص ٤٧ .

واضح على حيوية الفقه الإسلامى العجيبة وقوته وقابليته للتطور حتى ليناسب البيئات المختلفة فى الزمان والمكان [١] .

وغنىٌ عن البيان أن ما انتهى إليه الفقه الإسلامى فى هذه الناحية ، هو ما يجب العمل به ، وهو ماصار عندنا قانونا رسمياً [٢] . ومن الخير أن صار الأمر كذلك . أى إلى تحديد حرية المالك فى تصرفاته بألا تكون مضرة بجاره ضرراً بيِّنا ، بعد أن ترك الناس — بكل أسف — ما يأمرهم به الدين من الإحسان للجار ، فلا أقل من ترك الضرر به !

والآن ، وقد تكلمنا فيما سبق عن تقسيم الملك إلى تام وناقص ، وبحثنا خصائص الملك الناقص وأسبابه وأنواعه ، نأخذ فى الكلام على أسباب الملك التام وسائر المباحث المتعلقة به .

أسباب الملك التام :

٢٦٣ — أسباب هذا النوع من الملك واحد من أربعة .

ا) سبب ينشىء الملكية على شىء ما بعد أن لم يكن مملوكا لأحد ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة . وهذا سبب فعلى لا قولى ، لأنه ليس إلا وضع اليد ، ولهذا يصح من المحجور عليه إذا حصل منه ، أما العقد فلا يصح منه .

ب) سبب ينقل ملكية شىء ثابتة ملكيته لشخص إلى شخص آخر ، وهذا هو العقد ، مثل البيع والهبة والوصية والزواج .

حـ) سبب يجعل الملكية تنتقل ، لا بطريق العقد ، بل بطريق الخلافة ، وهو الميراث [٣] .

---

(١) أشار إلى هذا ، بعد أن أذكر بضعة أمثلة تدل على تطور الفقه الحنفى ، الأستاذ الدكتور شفيق شحاته، شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول، النظرية العامة للحق العينى، ص ٨٩ فى الهامش

(٢) انظر المواد ٥ ، ٨٠٧ .

(٣) تكفى هنا هذه الاشارة للميراث والوصية والزواج ، باعتبار كل منها سبباً للملكية ؛ فمحل بحثها هو فى الأحوال الشخصية ، لا فى هذا الكتاب الذى نحن بصدده .

د) سبب يحل صاحب الحق فيه محل المشترى فيما اشتراه جبرا عنه ، وهو الشفعة إذا طلبها صاحبها .

٢ الاستيلاء على المباح

٢٦٤ — يمتاز هذا السبب عن الأسباب الأخرى بأنه ، كما أشرنا ، يحدث ملكية لم تكن . فالمشترى لشيء يملكه بعد أن كان مملوكا لغيره وهو البائع والوارث يملك ما كان مملوكا لمورثه ، والموصى له بشيء يملكه بعد وفاة الموصى الذى كان مالكا لما أوصى به ، وهكذا فى حين أن من يضع يده على شيء مباح يصير مالكا له ، وقد كان غير مملوك لأحد قبله .

وكذلك ، يختلف هذا السبب عن الأسباب الأخرى ، بأنه سبب فعلى لا قولى فكل من يصدر عنه يعتبر مالكا لما وضع يده عليه ، ولو كان غير أهل للالتزام والتعاقد كالصبي والمجنون ، فلو استولى أحد من هؤلاء وأمثالهم على شيء مباح صار مالكا له .

ومن البَدَهِى أن هذا السبب لا يفيد الملك إلا فيما لم يكن مملوكا لأحد ، فمن وضع يده مدة مهما طالت على مال مملوك لغيره لا يصير مملوكا شرعا له بحال ، وإن كان القانون المدنى جعل وضع اليد — بشروط خاصة — سببا من أسباب الملك .

وهذا السبب يشمل هذه الصور :

ا) إحياء الموات .

ب) الاصطياد ونحوه .

حـ) الاستيلاء على المعادن والكنوز .

ا — إحياء الموات :

٢٦٥ — الموات ما ليس مملوكا من الأرضين ولا ينتفع بها لسبب من الأسباب كانقطاع الماء عنها أو غلبته عليها ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتا

ما كان من الأرض ملكا لأحد من الناس ولو تركها خربة ، أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ولكنه مرفق لها ، بأن يكون محتطباً لأهلها ، أو مرعى لأنعامهم كل هذا ، ليس أرضاً مواتاً ، فلا يجوز لأحد ملكها بالإحياء ، وليس لولى الأمر إقطاع شيء منها لأحد ؛ لأنها حق للمسلمين جميعاً ، وفى إجازة شيء من ذلك إبطال هذا الحق العام ، والأرض المملوكة لبعض الناس ولو كانت خربة ، وإن كانت لا تعتبر مواتا ، ولكن ما ينبت فيها من كلأ وحشيش مباح للجميع(١) .

وقد شرط الإمام الطحاوى فى اعتبار الأرض مواتا ، ألا تكون خارج البلد فقط ، بل أن تكون بعيداً عنها . وهذا البُعد قدّره الإمام أبو يوسف بنحو ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ، وقدّره فى رواية أخرى عنه نقلها الطحاوى بألا يسمع من بها صوت من يقف بأدنى العُمران منها ويصيح بأعلى صوته(٢) . على أن هذا ليس شرطاً فى « ظاهر الرواية » ؛ حتى إن ما انحسر عنه الماء من أرض البحر المجاور للبلد ، أو أجمة أو غابة بجوار البلد لا يملكها أحد ، يكون أرضاً مواتا ، وذلك هو الصحيح(٣) .

٢٦٦ — وبعد ذلك ، يرى الصاحبان أن من أحيا أرضاً مواتا ، أو ميْتة بتعبير آخر ، صار مالكاً لها بهذا الإحياء ، سواء فعل ذلك بإذن ولى الأمر أم بغير إذنه ، يقول الرسول : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » دون اشتراط إذن الإمام . ويرى الإمام أبو حنيفة أنه ليس لكل أحد إحياء الأرض التى يريد ؛ بل لا بد من إذن الإمام بالإحياء ، كما لا يملك أحد ما يُحييه إلا بتمليك الإمام إياه ذلك .

---

(١) البدائع حـ ٦ : ١٩٣ — ١٩٤ ؛ وانظر فتح القدير شرح الهداية ، حـ ٨ : ١٣٦ ؛ والأصل فى اعتبار الإحياء سبباً للملكية قول الرسول : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » وقوله : « عادى الأرض [أى قديمها] لله ورسوله ، ثم هى لكم » نظر الأموال لابن سلام ، ٢٧٢ ، ٢٨٥ — ٢٨٧ ،

(٢) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٤ ، وابن حنبل وأصحابه يحكمون العرف فى البعد والقرب المغنى لابن قدامة حـ ٥ : ٥١٧ ،

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ١٩٤ ،

ويقول الطحاوى ، بعد أن ساق هذين الرأيين ، : « و به نأخذ » أى برأى أبى حنيفة . ومبنى هذا الرأى على قول الرسول : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه[١] » ، وعلى أن الأرض كلها ملك للأمة جميعاً العاجز والقادر على السواء ؛ فليس للقادر على ما يتطلبه الإحياء من جهد ومال أن يضع يده على ما يريد إحياءه دون إذن الإمام ، بل لا بد من هذا الإذن حفظاً لحق الفقراء والعاجزين الذين لا يستطيعون إلى ذلك سبيلا . ونحن نرى أن الحق فى جانب أبى حنيفة كما ذكر الطحاوى وغيره من الفقهاء ، رعاية للصالح العام للأمة جميعاً[٢] .

٢٦٧ — و بعد وضع اليد على أرض موات لإحيائها ، لا بد من أن يتم ذلك فى مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات يحتجزها فيها لهذا الغرض ؛ فإن أحياها فى هذه المدة ملكها ، و إلا أخذها الإمام منه وأعطاها لغيره ليعمل على إحيائها ، وفى هذا منفعة للمُحْيِي و للأمة جميعاً[٣] .

وعملُ من أخذ الأرض الموات أولا لإحيائها ، يسمى فى عرف الفقهاء « بالتَّحْجير » والأصل فى إجازته وفى تحديده بثلاث سنوات ، قول عمر : « ليس لمُتَحَجِّر بعد ثلاث سنين حق[٤] » وسمى هذا العمل بالتحجير ، لأنهم كانوا به يحجرون على الغير إحياء ما أخذه أحدهم لإحيائه ، أو لأن هذا كان يُعْلِم ما وضع يده عليه بوضع الأحجار حوله ، فالتحجير لغة هو الإعلام ، كما جاء فى فتح القدير وهذا الإعلام ، كما يكون بوضع الأحجار حولها ، يكون بأمور أخرى ؛ مثل الغراس أو حفر بئر فيها أو تسويرها بأى شكل كان[٥] .

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٤ — ١٣٥ ، وراجع أيضاً فى هذين الرأيين ، البدائع ، حـ ٦ : ١٩٤ — ١٩٥ ؛ فتح القدير ، حـ ٨ : ١٣٦ — ١٣٧ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ٢٨٧

(٢) والشافعية لا يشترطون إذن الإمام ؛ بل هو مستحب فقط ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٣٩ وكذلك عند الحنابلة لا حاجة لإذن الامام ، المغنى حـ ٥ : ٥٤٣ ، وعند المالكية ، إذن الامام ضرورى فى القريب من البلد دون البعيد ، الشرح الكبير للدردير حـ ٤ : ٧٩ .

(٣) مختصر الطحاوى ، ص ١٣٦ .

(٤) نسب هذا القول للرسول ، البدائع حـ ٦ : ١٩٤ وانظر كتاب الأموال لابن سلام ص ٢٩٠

(٥) ابن عابدين ، حـ ٥ : ٢٨٧ .

على أن منع الغير من إحياء ما حجّر واحد قبله ، هو من باب الديانة فقط ، وإلا فإن من يحيي هذه الأرض قبل من حجّرها يملكها لتحقق سبب الملكية وهو الإحياء منه[١] . وإلى هذا ذهب الشافعية أيضا[٢] ، فهو رأى متفق عليه بين جمهرة الفقهاء ويمنع من طمع الطامعين فى احتجاز مالا يستطيعون إحياءه . ولهذا ، يرون أن الإقطاع والتحجير لا يصح أن يأذن بهما الإمام إلا للقادر على ذلك ، حرصا على المصلحة العامة .

وعلى كل ، فلا فرق فى الإحياء والتحجير بين المسلم والذمى ، بل هما سواء فى ذلك ، لعموم قول الرسول : « من أحيا أرضا ميتة فهى له » ولإن الإحياء هو سبب الملكية فيستويان فى ذلك ، كما يستويان فى سائر أسباب الملك الأخرى وإن خالف فى ذلك بعض الفقهاء الشافعية[٣] .

٢٦٨ — والإحياء يكون بجعل الأرض منتفعا بها ، أى بجعلها حيّة تنتج ، بعد أن كانت ميتة إن كانت أرضا تراد للزراعة ، وذلك يكون بأمور كثيرة ومن هذه الأمور ، جرّ الماء إليها بشق الترع والجداول فيها إن كانت قاحلة ، وتجفيفها إن كانت مُستنقَعاً وتمهيدها وتسويتها لتكون صالحة للزراعة ، وبالبناء عليها أو زراعتها بالفعل ، وبغير ذلك كله من طرق الإحياء .

ولهذا التنوع فى طرق الإحياء ، ذهب الشافعى وابن حنبل فى بعض الروايات عنه إلى أنه يكون بأية طريقة يعدها العُرف إحياء ، وهذا هو الرأى الأفضل بلا ريب . ثم الغرض من الأرض يختلف باختلاف المراد من استعمالها والانتفاع بها فلا بد أن تختلف طرق الإحياء تبعاً لذلك ؛ فالأرض التى تراد للسكنى ، غير التى

---

(١) فتح القدير ، حـ ٨ : ١٣٩ ، وانظر ابن عابدين ، حـ ٥ : ٢٨٧

(٢) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٤٦ . وانظر المغنى لابن قدامة ، حـ ٥ : ٥١٨ — ٥١٩ ، وفيه أن حق التحجير يورث عن صاحبه ،

(٣) الهداية حـ ٤ : ٧٩ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٣٩ — ٢٤٠ ؛ المغنى لابن قدامة حـ ٥ : ٥١٥ — ٥١٦

تراد لتكون مَرعًى ، أو حظيرة للدواب ، أو الزراعة مثلا[١] .

وفى كتاب الأموال لابن سلاّم (ص ٢٩١) أن عمر بن عبد العزيز أجاز الإحياء ببنيان أو حرث ، ثم قال ابن سلام : « وأصل الإحياء إنما هو بالماء ، وذلك كاشتقاق نهر ، أو استخراج عين ، أو احتفار بئر . فإن فعل من ذلك شيئاً ، ثم ابتنى أو زرع أو غرس ، فذلك الإحياء كله . فإن لم يُحدث فى الأرض أكثر من ذلك الماء ، لم يكن له منها إلا الحريم لما أحدث ، ويكون ماوراء ذلك لمن أحياه وعمّره[٢] » .

ب — الاصطياد ونحوه :

٢٦٩ — هذا متصل بسابقه ، لأن المراد هنا أن كل من سبق ووضع يده على شيء مباح صار مالكا له ، وهذا كما يتحقق فى الأرض الموات ، وهى الصورة التى تكلمنا عنها آنفاً ، من صور الاستيلاء على المباح ، باعتباره سبباً من أسباب الملكية يتحقق فى صور أخرى هى موضع البحث الآن .

فالكلأ أو الحشيش الذى ينبت فى الأرض ، ولو كانت مملوكة لبعض الناس دون أن يتكلف له أحد شيئاً من الزرع أو السقى أو العناية ، مباح للناس جميعاً ، ولكلٍّ أن يأخذ منه حاجته ، وعلى صاحب الأرض ، إن لم يجد المحتاج لهذه الحشائش حاجته فى موضع آخر غير مملوك لأحد ، أن يأذن له بدخول أرضه ، أو أن يحتشه له بنفسه ويدفعه له . كما هى الحال فى ماء الآبار والعيون والحياض المملوكة[٣] .

٢٧٠ — وبهذا ، فسر ابن سلام حديث الرسول الذى جعل الناس سواء فى الماء والكلأ والنار ، فيقول : « وذلك أن ينزل القوم فى أسفارهم و بواديهم

---

(١) راجع فى هذا ، المغنى لابن قدامة ص ٥٣٨ وما بعدها وانظر أيضاً ، نهاية المحتاج ، ح ٤ : ٢٤٥ ونعتقد أن فقهاء المذاهب الأخرى ، بناء على أصولهم ، يحكمون العرف أيضاً هنا ، كما يحكمونه فى مسائل أخرى كثيرة لا يمكن عدها ،

(٢) وانظر مع هذا ، فى الإحياء والتحجير ، كتاب الخراج ليحيى بن آدم ص ٨٤ وما بعدها

(٣) البدائع ، ح ٦ : ١٩٣

بالأرض فيها النبات الذى أخرجه الله للأنعام ، مما لم ينصب فيه أحد بحرث ولا غَرْسٍ ولا سَقْىٍ . فهو لمن يسبق إليه ، ليس لأحد أن يحتظر منه شيئاً دون غيره ، ولكن ترعاه أنعامهم ومواشيهم ودوابّهم معاً ، وتَرِد الماء الذى فيه كذلك أيضاً[1] » .

إلا أن الرسول يقول فى حديث آخر : « لا يُمنع فضل الماء ليمنع به فضلُ الكلأ » ، وقد رواه ابن سلاّم أيضا ، وأخذ منه — بحق — أن هذا الكلأ لصاحب الأرض و إن كان لم يتكلف له غَرْسا ولا بَذْراً . ولكن عليه ، بعد استيفاء حاجته من هذا الماء والكلأ لشفته وماشيته ، ألا يمنع فضل هذا وذاك للمحتاج له . وفى ذلك يقول ابن سلام ما نصه : ومما يبين لنا أنه [أى الرسول] أراد بهذه المقالة أهل الملك ، ذِكْرُه فضل الماء وفضل الكلأ . فرخّص صلى الله عليه وسلم فى نيل مالا غناء له عنه ، ثم حظر عليه ما سوى ذلك . ولو كان غير مالك له ، ما كان لذكر الفضول ههنا موضع ، ولكان الناس كلهم فى قليله وكثيره شرعا سواء[2] ثم يقول فى الصفحة التالية : « فلهذا ، كرهت العلماء ثمن الكلأ والماء » ، ولو كان ذلك غير مملوك لصاحب الأرض لكان بيعه حراما لا مكروها فقط[3] .

٢٧١ — ونرى أن من الواضح ، بعد ذلك ، أن الأرض لو أعدّها صاحبها لإنبات الكلأ لتكون مَرعى لماشيته وأنعامه ، كان ما ينبت من ذلك مملوكا له بلا ريب ، وهذا ما نراه حاصلا فى بعض الجهات أحيانا . وقد يشهد لهذا الرأى الذى نذهب إليه ، أن الكاسانى يذكر فى علة إباحة الكلأ ، دون أحطاب الآجام ونحوها . أن الكلأ غير مقصود من المَرْج المملوك ، بل المقصود هو الزراعة[4] .

هذا ، وحكم أشجار الصحارى والجبال والغابات أو الآجام ، يكاد يكون حكم

---

(١) الأموال ، ص ٢٩٧ .
(٢) المرجع نفسه ، ص ٣٠٠ .
(٣) واجع البدائع ، حـ ٦ : ١٩٣ ، حيث يذكر الكاسانى أن الكلأ لا يجوز بيعه .
(٤) المرجع نفسه ، ص ١٩٤ .

الكلأ أو الحشائش فى جملته وتفصيله ، فذلك كله مباح إن كان فى أرض لا يملكها أحد . أما الغابات والآجام فى أرض يملكها بعض الناس ، فهى ملك له ؛ فليس لأحد أخذ شىء منها إلا بإذنه ، كما له بيع ما يريد من أخشابها وأحطابها ، لأن صاحب الأرض قصد ذلك من تخصيص الأرض لها ، كما هى الحال فى البلاد الغربية التى تكثر فيها الغابات ويكون منها الأخشاب التى نستوردها ونستعملها فيما ننشىء من أبنية وعمارات (١) .

٢٧٢ — والصيد حلال للانسان فى كل حال ، إلا إذا كان مُحْرِما أو كان الطير أو الحيوان المصيد فى الحَرَم . والحَرَم منطقة تشمل مكّة المكرمة إلى حدود معروفة فى كتب الفقه يكون كل من دخله من إنسان أو حيوان آمنا فيه كما جاء فى القرآن .

وفى حِل الصيد، يقول الله تعالى (٢) : « أُحلّت لكم بهيمةُ الأنعام إلا ما يُتْلَى عليكم غيرَ مُحِلّى الصيد وأنتم حُرُم » ، « وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا » ، « أُحِلّ لكم صَيْدُ البَحر متاعاً لكم وللسيارة ، وحُرّمَ عليكم صيدُ البرّ مادُمتم حُرُماً » ، ومن هذه الآيات ، نرى التفرقة واضحة بين صيد البحر وصيد البر ، فالأول حلال دائما ، والثانى حلال فى غير الحَرَم . وغير وقت الإحرام بالحجّ أو العُمرة .

إذاً ، الصيد سبب من أسباب المِلكية ، لأنه وضع اليد على شىء مباح غير مملوك لأحد ، وهو يتم بالاستيلاء الفعلى على المَصِيد ، أو بفعل يعجز الطير أو الحيوان ومنه السمك عن الفرار ، وهذا يسمى استيلاء حكميا . وكل هذا يكون بالآلات المعدة للصيد كالشباك والسلاح ، أو ببعض الحيوانات المدربة على الصيد مثل الكلاب والفهود وسائر الجوارح المعلّمة .

٢٧٣ — وهناك قاعدة فقهية عظيمة الأثر بتطبيقاتها فيما يختص بالصيد فيحسن

---

(١) وانظر فى الفرق بين كلأ المروج وأشجار الغابات وأحطابها ، البدائع حـ ٦ : ١٩٤ .
(٢) سورة المائدة المدنية (١ ، ٢ ، ٩٦) .

الإتيان بها هنا ، وهى قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، أى بمقاصد فاعليها[١] . ومن هذه التطبيقات ما نذكره ملخصاً عن المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم[٢] :

ا) إذا نصب الصياد شبكته فتعلق بها صيد ؛ فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليه ؛ و إن كان قد نصبها للصيد ، فهو لصاحبها ، و إن أخذه غيره كان متعدّياً غاصبا .

ب) لو أفرخ طائر ، أو باض فى أرض إنسان ، أو اتخذها ظبى مثلا بيتاً له ، كان لمن سبقت يده إليه ، إلا إذا كان صاحب الأرض قد هيأها لذلك ، فإن الصيد يكون له .

جـ) إذا دخل صيد دار إنسان ، فأغلق باب الدار ليأخذه كان مالكا له ؛ أما إذا أغلقه دون قصد أخذ الصيد ، فلا يكون ملكا له لعدم النية والقصد .

د) إذا وقع صيد فى حفرة فى أرض مملوكة لبعض الناس ، وقد أُعِدّت لهذا ، كان المالك أولَى به ، و إلا كان لمن سبقت يده إليه .

هـ) إذا كان فى ساقية شخص أو جدوله ونحو ذلك سمك ، لا يمكن أن يُمسك من غير صيد ، كان لغيره أن يصطاده ؛ و إلا فهو لمالك الساقية أو الجدول ، لأنه ليس صيداً فى هذه الحالة .

وأخيراً ، نزيد على ذلك كله ، أن الصيد — كما قلنا — يثبت ملكية المصيد للصائد متى استولى عليه فعلا ، أو حكما بأن كان يمكنه إمساكه حين يريد إذا مدّ يده إليه . أما إذا وقع الطير أو الحيوان فى الشبكة ، ثم فرّ منها قبل حضور صاحبها لأخذه ، كان ملكا لمن يصيده من جديد ، أى أن ملك الصائد الأول قد زال عنه[٣] .

---

(١) انظر فى هذه القاعدة وخطرها فى الفقه ، الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٦ وما بعدها وهى إحدى القواعد الأربع التى قيل بابتناء الفقه عليها ، وانظر هذه القواعد فى شرح الجلال المحلى لجمع الجوامع لتاج الدين ابن السبكى مع حاشية البنانى ، حـ ٢ : ٣٧٣ ، الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٩١٣ م .

(٢) كتاب المعاملات الشرعية المالية ، طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٩٣٦ ص ٥٠ـ٥١ .

(٣) انظر فى هذا وفى التطبيقات السابقة الأخرى ، البدائع حـ ٦ : ١٩٣ — ١٩٤ .

حـ — المعادن ونحوها :

٢٧٤ — نريد بذلك الثروة التى فى جوف الأرض ، فلا تظهر إلا بالكشف والبحث والتنقيب عنها ، من المعادن والرِّكاز وما يشبه ذلك . ويجب أن نفرق أولا بين المعادن ، وبين الركاز أو الكنز .

المعادن هى ، على ما يرى بعض الفقهاء والباحثين ، ما يوجد فى باطن الأرض من أصل الخِلْقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص . أما الرِّكاز ، فهو المال المدفون فى باطن الأرض بفعل أصحابه الأولين الذاهبين ، أو على أثر حادث من حوادث الطبيعة — زلزال مثلا — يؤدى إلى طَمْر بلد فى باطن الأرض بما فيها من ثروات مختلفة ، وقد يسمى أيضاً بالكنز .

على أن ابن سلاّم يذكر فى الرِّكاز أقوالا مختلفة ، فيقول بأنه عند أهل العراق هو المعدن والمال المدفون كلاهما ، وفى رأى أهل الحجاز أنه المال المدفون خاصة ، ثم ينتهى إلى أن الركاز هو المعدن[1] . ولكن الحق هو التفرقة كما ذكرنا ، وعلى هذا جرى جمهرة الفقهاء ، ففرّقوا بين أحكامهما بالنسبة إلى ما يُعطاه الواجد وإلى الزكاة أيضا .

فالزَّيْلَعِيّ يبدأ باب الركاز هكذا : « وهو اسم لما يكون تحت الأرض خِلقةً أو بدَفْن العباد ، والمعدن اسم لما يكون فيها خلقة ، والكنز اسم لمدفون العباد[2] » . ومعنى هذا أن الركاز يشمل المعدن والكنز ، وأن المعدن والكنز كليهما أخَصّ من الركاز .

٢٧٥ — والمعادن أنواع :

ا) ما يقبل الطّرْق والسّحب فتعمل منه صفائح وأسلاك ونحوها ، كالذهب والفضة والنحاس والرصاص .

---

(١) كتاب الأموال ، ص ٣٣٨ ، ٣٤٠ .

(٢) تبين الحقائق ، حـ ١ : ٢٨٧ ، ٢٨٨ . ومثل هذا نرى فى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، حـ ٢ : ٤٥ ؛ البدائع ، حـ ٢ : ٦٥ .

ب) ما لا يقبل ذلك ، وهو مع هذا صلب ، كالماس والياقوت .

جـ) المعادن السائلة كالنِّفط أى البترول والزيوت المعدنية .

٢٧٦ — وعند الأحناف ، كما يذكر الزيلعىّ ، أن من وجد شيئاً من المعادن ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس ، فى صحراء أو أرض لا يملكها ، كان الخُمسُ لبيت المال ، والباقى للواجد نفسه ، لقول الرسول : « وفى الركاز الخُمس » ، والركاز يشمل المعدن والكنز معا . والأمر كذلك عند الصاحبين إذا وجد إنسان شيئاً من ذلك فى داره أو أرضه ، وعند الإمام يكون كله له ، ولا خمس فيه . أما الكنز ، فبعد خُمس بيت المال يعطى الباقى لمالك هذه الأرض إن كان معروفاً ، وإلا كان لبيت المال لأنه وارث من لا وارث له . وقيل يعطى هذا الباقى لأقصى مالك معروف فى الإسلام أو لورثته ، ثم لبيت المال[1] .

على أن الزيلعى لم يفصّل القول كما يجب فى هذه الناحية ، على نحو ما فعل علاء الدين الكاسانى . وغيره من الفقهاء قد تضاربوا مع أنفسهم فى بعض ماقرروه ، كما لاحظ بحقّ العلاّمةُ ابن عابدين[2] . ولهذا نجعل مرجعنا الأول هنا هو الكاسانىّ الفقيه المنظِّم الدقيق فى كل كتاباته[3] .

٢٧٧ — يبدأ مَلِك العلماء ، وهذا لقب الكاسانى ، بالتفرقة بين الكنز والمعدن ويبيّن أن الركاز يشمل الإثنين ، ثم يفصّل الكلام على هذا النحو :

ا) إن كان الكنز إسلاميا ، بأن كان عليه علامة الإسلام ، ووجد فى أرض غير مملوكة لأحد كالجبال والمغاور وغيرها ، كان بمنزلة اللقَطَة ، فيجب على

---

(١) الزيلعى ، حـ ١ : ٢٨٨ — ٢٨٩ ؛ البدائع ، حـ ٢ : ٦٦ ، وراجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه فى باب الركاز الشامل للمعدن والكنز ، حـ ٢ : ٤٥ وما بعدها .

(٢) حاشية ابن عابدين ، حـ ٢ : ٤٧ .

(٣) راجع البدائع ، حـ ٢ : ٦٥ وما بعدها . ومن الخير أن يراجع أيضاً كتاب الأموال لابن سلام ، ص ٣٣٦ وما بعدها .

واجده التعريف به ، ثم الانتفاع به إن كان فقيرا إن لم يظهر صاحبه ، على نحو ما هو معروف فى باب اللُّقَطَة .

ب) وإن كان غير إسلامى ، بأن وُجد عليه علامة تدلّ على ذلك ، كان لبيت المال خُمسه ، والباقى للواجد بلا خلاف .

ح) وإن كان لا يعرف أنه إسلامى أو غير إسلامى ، يعتبر كاللُّقَطَة على قول ، وكالغنيمة على قول آخر ، ففيه الخُمس ، والباقى له .

د) وإن كان فى أرض مملوكة ، وجب فيه الخُمس بلا خلاف ، لحديث الرسول : « وفى الركاز الخُمس » . ثم الباقى يكون عند أبى حنيفة ومحمد للمالك ، وعند أبى يوسف يكون للواجد ؛ لأنه غنيمة وصل إليها قبل غيره .

هـ) والمعدن فى الأرض غير المملوكة ، إذا كان مما يُطرق ويُسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ، يكون فيه الخمس لبيت المال ، والباقى لمن عثر عليه . وهنا يرى الشافعى أن فى الذهب والفضة رُبع العُشر زكاة ، وفى غيرهما لا شىء ، وكله للواجد .

و) وإن كان مما لا يقبل الطّرق والسَحْب ، كالماس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة ، يأخذه الواجد كله ، لأنه لا خُمس فى الأحجار لأنها من جنس الأرض !

ز) وإن كان مائعاً بطبيعته كالنِّفط ، فلا شىء فيه لبيت المال ، وكله لمن وجده ، لأنه كالماء ولا يقصد بالاستيلاء ! على أن الزئبق بصفة خاصة فيه الخُمس لبيت المال . ولا ندرى وجهاً معقولا للتفرقة بينه وبين النفط مثلا ، فكلاهما مائع طبيعة .

ح) أما إذا كان المعدن فى أرض مملوكة لبعض الناس ، فلا خلاف فى أن أربعة الأخماس ، إن كان مما يخمس ، لصاحب الأرض وإن لم يكن هو الذى وجده ؛ لأن المعدن من أجزاء الأرض خُلق فيها ومنها ، ولهذا يدخل فى بيع قطعة منها بلا تسمية . أما الخُمس فهو لبيت المال أيا كان المكان الذى وجد به المعدن عند الصاحبين ، وعند الإمام لاخمس فيه إذا وجده من عثر به فى داره أو أرضه الخاصة .

٢٧٨ — هذا عرض دقيق موجز لما ذكره علاء الدين الكاسانى ، ونعتقد أنه يمثّل مذهب الأحناف ، ومنه نرى أنهم نظروا إلى هذه المسألة نظرة أعوزها التوفيق وإصابةُ الحق من بعض جوانبها . فقد نظروا إلى أنه لا سيادة للدولة إلا على ظاهر الأرض وما عليها ، أما ما فى باطنها فهو ملك لهذا الفرد أو ذاك ، نعنى للمالك أو لمن كشف عن هذه المعادن والكنوز . وبذلك ، يضيع خير كثير على الدولة وعامة المسلمين إن وضعت هذه الآراء والأحكام موضع التنفيذ .

والمالكية ، وهذا ما نحمد الله لهم من أجله ، نظروا إلى الأمر نظرة مغايرة تماما لنظرية الأحناف ، نظرة فيها فَهْمٌ لسيادة الدولة ، ورعاية لصالح المسلمين جميعا . ذلك ، بأنهم يرون أن ما يوجد من المعادن على عمومها يكون للإمام يُقْطِعه لمن شاء من المسلمين انتفاعا لا تمليكا ، أو يجعله فى بيت المال ، حتى لا يختص بشىء منها من وجدت فى أرضه[1] . أما الركاز ففيه الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة ، أو لمالك الأرض على شىء من التفصيل فى تعيين من هو المالك الذى يستحق هذا الباقى ؛ أى أهو المالك الحالى ، أو المالك الأول الذى أحيا الأرض فملكها به ، فإن لم يكن فلورثته[2] ؟

٢٧٩ — أما الحنابلة فيفرّقون بين المعادن الظاهرة التى لا تحتاج إلى مؤنة فى سبيل الوصول إليها ، كالملح والكبريت والياقوت ؛ وبين الأخرى الباطنة التى تحتاج إلى عمل وتكاليف لاستخراجها ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والفيروزج .

الأولى لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس يحتجزها لنفسه دون المسلمين ، بل هى للجميع ينتفعون بها فيأخذ كلٌّ حاجته منها . والأخرى لا يملكها من كشفها

---

(١) الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوى عليه المسماة بلغة السالك لأقرب المسالك ، جـ ١ : ٢٥٩ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٦٠ — ٢٦١ .

وأحياها فى ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعى أيضا . وقيل يملكها من كشفها لما تجشم فى سبيل ذلك من مشقات وتكاليف ، كما يملك الأرض الموات من أحياها ، وهذا هو قول فى المذهبين المذكورين أيضا .

ثم من أحيا أرضاً مواتاً ، ملكها هى وما يكون فيها من معادن ظاهرة أو باطنة إذا كانت جامدة أو سائلة جارية أيضاً على قول ، لأنه بالإحياء صار مالكا لها بجميع أجزائها ، والمعدن جزء من الأرض بخلاف الكنز الذى لا يملكه بإحياء الأرض الموات التى تحتويه . أما إذا لم يحي الأرض الموات ، ولكنه سبق غيره إلى معدن ظاهر أو باطن فيها ، كان أحق بما ينال منه لقول الرسول : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » . لكنه لا يصح تمكينه من الإقامة فيه ليمنع غيره من الإفادة والانتفاع به ، وإلا صار مالكا لا صاحب حق فى الانتفاع فقط كسائر المسلمين[1] .

وبعد ذلك كله ، نرى أن مذهب المالكية على عمومه يحقق ، أكثر من المذاهب الأخرى ، مصلحة الدولة والمصلحة العامة للمسلمين جميعاً فى هذه المسائل الهامة التى من الواجب تنظيمها بما يوافق الصالح العام .

٢٨٠ — وهنا ، نرى القانون المدنى قد عرض ، فى أسباب كسب الملكية ، إلى الكنز دون المعادن ، فنصت المادة ٨٧٢ منه على ما يأتى :

١) الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وُجد فيه الكنز أو لمالك رقبته .

٢) والكنز الذى يُعثر عليه فى عين موقوفة ، يكون ملكا خاصاً للواقف ولورثته .

وفى الحق ، أن هذه المسألة ، مسألة المعادن والكنوز ، تحتاج لتنظيم أوفى مما نجده فى كتب الفقه أو القانون المدنى الجديد .

---

(١) يرجع فى جميع ما تقدم إلى المغنى لابن قدامة ، ص ٥٢٠ — ٥٢٤ ، وراجع فيما يختص بالشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٤ : ٢٥٣ وما بعدها .

٢٨١ — وهناك ، بعد ما تقدم كله ، حلى ومعادن وجواهر يقذفها البحر أو تستخرج منه ، فما الحكم فيها ؟ ساق ابن سلام فى ذلك أقوالا مختلفة[١] ، منها أنه ليس فيها شىء ، وكلها للواجد حتى العنبر واللؤلؤ ، ومنها أن فى هذين الخمس لبيت المال ، ومنها أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله فى عمان [على الخليج الفارسى] أن يأخذ على السمك الزكاة إذا بلغت قيمته مائتى درهم وهو النصاب .

ثم يقول : « يذهب عمر ، فيما نرى ، إلا أن ما أخرج البحر بمنزلة ما أخرج البر من المعادن ، وكان رأيه فى المعادن الزكاة . . وليس الناس فى السمك على هذا ولا نعلم أحداً يعمل به . وإنما اختلف الناس فى العنبر واللؤلؤ ، فالأكثر من العلماء على أنه لا شىء فيهما ، كما يروى عن ابن عباس وجابر ، وهو رأى سفيان ومالك أيضاً[٢] .

ويعلل ابن سلام التفرقة بين حكم معادن الأرض ، وما يخرج من البحر من أموال وثروات مختلفة ، بأن القرآن نفسه فرّق بين صيد البر وميتته ، وصيد البحر وميتته ؛ فحرّم صيد البر على المُحْرِمين ، كما حرم ميتته ، وأحلّ صيد البحر للمُحرمين ، كما أحلّ ميتته . وكذلك فرقت السنة بينهما ؛ إذ جعل الرسول فى الركاز الخمس ، وسكت عن البحر ، فلم يقل فيه شيئاً ، مع ما كان يخرج منه فى عهده ، كما لم يأتنا عن أحد من الخلفاء بعده شىء من وجه صحيح .

٢٨٢ — والأمر عند الأحناف ، بصفة خاصة ، لا يفترق عما ذكره ابن سلام فقد ذهب الطرفان ، « أبو حنيفة ومحمد » ، إلى أنه لا شىء فى الخارج من البحر لبيت المال ، وجميعه لواجده ، أو لمن استخرجه منه ، وذلك الحكم سواء فى كل الثروات البحرية ، كالسمك واللؤلؤ والمرجان والعنبر وكل حلية أخرى تستخرج من البحار . وتعليل ذلك عندهما أن يد الكفار لم تثبت على باطن البحار ، فلم يكن الخارج منها

---

(١) كتاب الأموال ، ٣٤٥ — ٣٤٨ .

(٢) كتاب الأموال ، ص ٣٤٧ .

مأخوذاً بطريق القهر لهم كما هو الأمر فى ظاهر الأرض ، وإذاً لا يكون غنيمة فلا خمس فيه .

وعند أبى يوسف ، فى كل ما خرج من البحر من الحلى والجواهر ، الخمس لبيت المال ، والباقى لمن وجده ، أو عمل على استخراجه . ويَسْتدِلُّ لمـا يَرَى بأن عمر ابن الخطاب كتب لعامل له وجد لؤلؤة بأن فيها الخمس ، وبأن الكفار كانوا يملكون الأرض كلها لا فرق بين البر والبحر ، فيكون كل ما يصير من ذلك إلينا غنيمة ، وفى الغنائم الخمس باتفاق[1] . وربما كان هذا الرأى هو الحقيق بالاتباع ؛ وذلك لما فيه من مصلحة الدولة والصالح العام .

ب ـ العقود الناقلة للملكية

٢٨٣ — العقود التى تعتبر سبباً من أسباب الملك التام كثيرة : البيع ، الهبة ، الوصية ، الصلح ، الزواج إذا كان المهر عيناً من الأعيان ، الطلاق على مال ، والإجارة إذا كانت الأجرة عيناً كذلك ، وغيرها .

وهذا السبب لا يعتبر سبباً ناقلا للملكية إلا فيما للمسلم أن يتملكه ، نعنى فى الأموال المقوّمة ؛ فلا يكون فى المباح من الأموال ، ولا فيما لا يجوز الانتفاع به شرعاً فى الأموال العادية كالخمر والخنزير . إذ كون المال مباحاً ، ينافى أن يكون مملوكا لمن يريد بيعه أو هبته مثلا ؛ والخمر والخنزير ونحوهما ، محرم أن يملكهما المسلم بالشراء ، أو الهبة ، أو بأى سبب آخر من أسباب الملكية .

٢٧٤ — ونشير الآن ، من باب التمثيل ، إلى بعض تلك العقود :

ا) الزواج على مبلغ معين من المـال ، أو على هذه الدار مثلا ، فبتمام العقد بالإيجاب والقبول يصير المهر ملكا تاماً للزوجة .

---

(١) أنظر فى عرض هذين الرأيين ودليل كل منهما ، البدائع حـ ٢ : ٦٨ .

ب) وإذا تراضى الزوجان على الطلاق على مال معلوم ، وهذه حالة الخُلْع ، وتمّ الطلاق فعلا ، صار ذلك المال الذى يُسَمَّى ببدل الخلع ملكا للزوج .

ح) هبة هذا الشيء لفلان ، وقبول فلان الهبة ، وتسلمه الموهوب ، يجعله ملكا له ، ومثل ذلك دفع صدقة للفقير ، فتصير مملوكة له .

د) من يوصى مثلا بسيارته للإسعاف ، أو بداره لتكون مستشفى بعد وفاته ، أو بقطعة من الأرض لطلبة الأزهر أو الجامعة ، ثم يموت الموصِى مصرًّا على الوصية ويقبل الموصَى لهم ، يكون الشيء الموصَى به ملكا لهم ، متى كان لا يزيد عن ثلث التركة ، أو كان يزيد ورضِيَ الورثة بالوصية .

ﻫ ـ الميراث

٢٨٥ — هذا سبب طبيعى ينقل ملكية تركة الميت إلى ورثته ، دون حاجة لعقد أو قبول منهم ، كما هو معروف ومشاهد كلّ يوم ؛ فالوارث خليفة المورِّث فيما خلّف من مال عقارى أو منقول ، وفيما ترك من ديون . ولهذا ، يجب أولا دفع الديون التى على المتوفّى من تركته ، ثم تنفيذ وصاياه الجائزة ، وبعد هذا وذاك تقسم التركة بين الورثة .

على أنه ليس معنى خلافة الوارث للمورث فى التركة والديون ، أن على الوارث تسديد ديونه التى لا تكفى التركة للوفاء بها ، بل المراد أنه لا يستحق شيئاً من التركة إلا بعد أداء ما عليها من دين ؛ فإن لم تَفِ التركة بها لم يكن عليه أداء الباقى من ماله الخاص .

* * *

٢٨٦ — ذلك ، ونختم هذا الباب بذكر أن المِلْك الذى يثبت بواحد من تلك الأسباب المتقدمة ، أو بأى سبب آخر ، هو مِلك تامّ حقاً ، فلا يزول عن صاحبه

بغير رضى منه . ولكن ، هناك أحوال استُثْنِيَتْ من هذا الأصل ، فتزول فيها الملكية جبراً عن المالك وهى :

ا) إذا اقتضى ذلك المنافع العامة ، كالطرق والجسور والمصارف وتوسيع دور العبادة ونحو هذا كله فإنه فى حالة من هذه الأحوال وأشباهها ، ينزع الضرورى من الأملاك الخاصة للمصلحة العامة ، ويعطى صاحبه قيمته ، ولو كان غير راض . وقد فعل عمر بن الخطاب ذلك حين أراد توسيع المسجد الحرام بمكة ، واقتدى به عثمان بن عفان مرة أخرى . ونحن هنا بمصر ، نشاهد كل يوم حالات من هذا النوع تزول فيها الملكية الخاصة ، جبراً عن المالك ، فى سبيل المصلحة العامة .

ب) ويتصل بهذه الحالة ، ما تم أخيراً عندنا بمصر من إصدار قانون بتحديد الملكية بمائتى فدان ، فإنه بهذا القانون صار كل من كبار الملاك مرغماً على بيع ما زاد على هذا القدر للآخرين من المزارعين . وهذا ، وإن كان تشريعاً مدنياً إلا أن له سنده القوى من الفقه وشريعة الإسلام ، كما له سنده مما فعله الخلفاء الراشدون أنفسهم ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق عند الكلام على المصالح المرسلة فى مذهب الإمام مالك ابن أنس .

حـ) إذا كان إنسان مديناً مماطلا وامتنع عن وفاء ما عليه من دين بغير حق ، يبيع القاضى من ماله ما يوفى به الدين جبراً عنه عند الصاحبين . وإن كان أبو حنيفة لا يرى ذلك ، لأن البيع فى هذه الحالة جبراً عن المدين يُعتبر حَجْراً عليه ، ولا يُحْجَر على المدين فى رأيه احتراماً لإنسانيته ، ولكن للقاضى حبسه حتى يؤدى الدين أو يظهر إعساره فيُطْلِقه ويُنْظِره إلى مَيْسَرَة[1] .

د) الشُّفعة ، فهى سبب من أسباب الملكية كما تقدم ، التى تجيز لمن له الحق تملّك العقار الذى اشتراه آخر ، وذلك بما قام عليه من ثمن وتكاليف أخرى .

---

(١) سيجىء بحث هذين الرأيين مفصلا فى موضعه من القسم الثالث من الكتاب .

وسنتكلم الآن على هذا السبب من أسباب الملك التام ، بعد أن تكلمنا فيما سبق على الأسباب الأخرى .

الشفعة

٢٨٧ — الكلام فى الشفعة يتطلب ، بعد تعريفها ، مباحث مختلفة ، وأهم هذه المباحث ما يأتى :

ا) دليل شرعيتها ، وحكمة تشريعها .

ب) موضوع الشفعة .

حـ) من هو الشفيع .

د) شروطها .

هـ) إجراءاتها .

و) تزاحم الشفعاء وغيبة بعضهم .

ز) تصرفات المشترى فى المشفوع فيه .

ح) ما يسقط به حق الشفعة .

تعريفها

٢٨٨ — كلمة « الشفعة » مأخوذة من الفعل « شفَع » أى ضم أو زاد ؛ لأن من له حق الشفعة — وهو الشفيع — يضم ما يتملكه بهذا الحق إلى مِلكه ويزيده عليه ، فالمناسبة بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى ظاهرة ، لأن تعريف الشفعة فى اصطلاح الفقهاء هو تملّك العقار[1] المَبيع جبراً عن المشترى ، بما قام عليه من ثمن وتكاليف ، مثل رسم التسجيل والنفقات الأخرى .

وهذا التعريف هو عند جمهرة الفقهاء ، الأحناف وغيرهم من المذاهب الأربعة المعروفة ، أما عند الظاهرية فيعتبر تعريفاً غير جامع ، لأنه لا يشمل الشفعة

(١) والعقار الذى يريد الشفيع تملكه بالشفعة ، يسمى المشفوع فيه ، والذى بسببه يطلب الشفعة يسمى المشفوع به .

فيما إذا كان المبيع منقولاً ، والشفعة عند الظاهرية تثبت فى المنقول كما تثبت فى العقار على ما سيجىء بيانه .

٢ - دليلها وحكمتها :

٢٨٩ — ثبت حق الشفعة شرعاً لمن له هذا الحق بأحاديث غير قليلة للرسول صلى الله عليه وسلم ، منها قوله : «جار الدار أحق بالدار» ، وقوله : « الجار أحقّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحدا » ، وقوله : « الجار أحق بسَقَبه » ، والسَّقَب بالصاد والسين محركتين القُرب ، ومعناه ما يلاصق ملكه . ومنها أيضاً ما رواه البخارى عن جابر بن عبد الله ، قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفت الطرق فلا شفعة[1] » .

فهذه الأحاديث وأمثالها ، تدل على أن هذا الحق ثابت فى الشريعة الإسلامية للشفيع ، وإن كان لذلك شروط وتفاصيل سيأتى بيانها . ونظام الشفعة هو أحد النظم التشريعية التى يمتاز بها الفقه الإسلامى ، وهو نظام لا بد منه إذ يمنع كثيراً من الضرر ويدفع غير قليل من الخصومات .

٢٩٠ — ذلك بأن حق تملك الشفيع العقار الذى اشتراه أجنبى ، يدفع عنه ضرر حلول شريك أو جار جديد محل شريكه أو جاره الحالىّ فيما يملكه . ومن المعروف أن من أصول الإسلام أنه « لا ضرر ولا ضرار » كما يقول الرسول ، وأن أدنى حقوق الجار على جاره ألا يتسبّب فى ضرر له ، وقد أوصى القرآن والرسول برعاية الجار وإكرامه والإحسان إليه .

من أجل هذا كله ، لنا أن نقول : إن ثبوت حق الشفعة للشفيع جبراً عن المالك يتفق وأصول الشريعة وغايتها ، هذه الأصول التى تحتم رعاية المصلحة

---

(١) هذه الأحاديث توجد فى كتب الفقه المتداولة فى باب الشفعة ، وراجع الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٣٩ — ٢٤٠ حيث ذكرها وخرجها .

العامة ، لا رعاية مصلحة فرد وحدَه . ولذلك ، صح للشفيع تملّك العقار المَبيع مثلاً جبراً عمّن اشتراه ، وإن كان الأصل فى البيع والشراء رضا المتعاقدين .

وهذه المعانى ، هى التى جعلت واضع التشريع المدنى يثبت هذا النظام الإسلامى فى تشريعه ويعمل على تنظيمه ، وذلك بالمواد ٩٣٥ — ٩٤٨ من القانون المدنى الجديد ، بعد إدخال ما رآه يتفق والصالح فى هذا الزمن الحاضر من تعديلات عما هو معروف فى كتب الفقه الإسلامى .

ب — موضوع الشفعة :

٢٩١ — لا شفعة إلا فى العقار وما يتصل به عند جمهرة الفقهاء ، على شىء من الاختلافات اليسيرة فى ذلك بينهم ، فلا شفعة فى المنقول كحيوان وأحطاب وأى متاع آخر ، حتى إن بيع مع العقار(١) .

وقد نظر من ذهب إلى هذا الرأى من الأحناف ، إلى أن الشفعة شُرعت على خلاف القياس رعاية للمصلحة ، وما شُرع كذلك لا يُتوسّع فيه بل يقتصر على موضع الضرورة . ذلك ، بأن الأصل أن يكون المرء يشترى أو يبيع ما شاء لمن شاء ؛ إلا أن من أصول الشريعة دفعَ الضرر ورفعَه متى وقع ، ومن حق الشريك أو الجار على مثله ألا يؤذيه بجلب آخرَ دخيلٍ يشركه أو يجاوره فيما يملك .

وكان المنطق لذلك أن يثبتوا الشفعة فى المنقول المبيع استقلالاً ، لكنهم رأوا أن يقفوا فى إثبات حق الشفعة على ما جاءت به شريعة الرسول ، لما فيه من الحدّ من حرية البائع والمشترى ، ولأن الأصل فى انتقال المال من يد إلى أخرى هو الرضا والاختيارُ بين المالكين . وفى هذا يروون أحاديث عن رسول الله ، ومنها

---

(١) انظر مختصر الطحاوى (ص ١٢٠) : « ولا شفعة فيما سوى الدور والأرضين ، والشفعة فى ذلك مقسوما كان أو مشاعا » ؛ البدائع ، حـ ٥ : ١٢ — ١٣ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٢ — ١٤٣ . نهاية المحتاج للرملى الشافعى ، حـ ٤ : ١٤٢ — ١٤٣ ؛ الوجيز للغزالى ، حـ ٢ : ٢١٥ . الشرح الصغير للدردير المالكى ، حـ ٢ : ٢٤٩ .

قوله : « لا شفعة إلا فى ربع أو حائط » ، أى دار أو بستان ؛ سواء أكان العقار مما يحتمل القسمة أم لا يحتملها كالدار الصغيرة والحمّام والطاحونة والبئر . فى حين يرى الشافعى أن هذا الحق لا يثبت إلا فى عقار يحتمل القسمة ، لأنه لا يمكن حينئذ أن يطالب المشترى الدخيل بالقسمة وهى مَظنَّة ضرر الشريك الذى لم يبع له شريكه ، فلا ضرر عليه إذا لبقاء الحال كما كانت[1] .

٢٩٢ — والحنابلة ، كالأحناف والشافعية والمالكية ، لا يرَون الشفعة إلا فى العقار فقط ، و بشرط أن يكون قابلاً للقسمة كما يرى الشافعية . لكنه رُوى عن الإمام ابن حنبل نفسه ، أن الشفعة تثبت فى العقار الذى لا يُقسم أيضاً لأنه يتأبّد ضرره[2] ، أما فيما يقسم فإن الضرر يزول بقسمة الشريك مع المشترى المالك الجديد . وإن كانت الرواية الأولى ، وهى التى لا تجعل الشفعة إلا فيما يُقسم من العقار ، هى ظاهر المذهب على ما جاء بكتب الحنابلة[3] .

على أنه ، قد روى عن الإمام أحمد روايةٌ أخرى تجيز الشفعة فى المنقول أيضاً ؛ فقد سئل عن الدابّة من الحيوان ، تكون بين رجلين ، فأراد أحدهما بيع نصيبه منها ، فقال : الشفعة فى هذا أوكد . وقد نقل هذا الرأى عنه ، واستدَلَّ له بالعقل ، و بما نقل من الأحاديث الصِّحَاح الإمامُ ابنُ القيّم المتوفّى عام ٧٥١ ﻫ . وعلى هذه الرواية لا تكون الشفعة فى العقار الذى لا ينقسم فقط ، بل فى كل مبيع ، ولو كان منقولاً ، متى كان مشتركا بين البائع وغيره ، لما جاء عن الرسول : « قضى رسول الله بالشفعة فى كل شىء[4] » .

٢٩٣ — وتلك النظرة التى ترى أن حق الشفعة ثبت على خلاف الأصل

---

(١) الوجيز ، الموضع السابق ؛ نهاية المحتاج ، ﺣ ٤ : ١٤٤ . وهذا هو الرأى المشهور عند المالكية ، راجع الشرح الصغير للدردير ﺣ ٢ : ٢٥١ .

(٢) المغنى لابن قدامه ؛ ﺣ ٥ : ٢٨٩ .

(٣) كشاف القناع ، ﺣ ٢ : ٣٧٨ ؛ وانظر أيضا المغنى فى الموضع السابق :

(٤) إعلام الموقعين ، ﺣ ٢ : ١٢٩ وما بعدها .

لمعارضته حرية المالك والمشترى ، ولهذا تضيّق منه فلا تجعله إلا فى العقار وتوابعه المتصلة به اتصال قرار ، هى النظرة التى صدر عنها واضع القانون المدنى الجديد .

جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية لهذا القانون ، أنه « استقر الرأى على إبقاء حق الشفعة سبباً لكسب الملكية (لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد) . هذا ، إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية ، كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة . على أن المشروع إذا كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها ، إذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيّق المشروع فى الشفعة من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات ، فأورد فى الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها . . . وحذف من المشروع الجوار كسبب من أسباب الأخذ بالشفعة[1] . وعالج من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغاً يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع[2] » .

٢٩٤ — هذا ، وروح التضييق الذى استوحاها واضع هذا القانون ، لا معنى لها فيما نرى ، وذلك من ناحيتين :

ا) إن هذه الحرية التى يُحرص على توفيرها بقدر الإمكان للمالك والمشترى ، لا تضارّ بشىء إذا جعلنا الشفعة تثبت فى المنقول كما تثبت فى العقار ؛ لأنه يجب أن يستوى عند المالك أن يبيع للأجنبى أو للشريك[3] ، ما دام الثمن الذى يدفعه له هذا لا يقل بحال عن الثمن الذى يدفعه له ذاك ، وكذلك المشترى لن يُضرّ بشىء ؛ لأنه هو المتعدّى على حق الشريك ، وسيسترد ما دفع من ثمن وغيره .

ولأن الحرية يجب أن تقيّد بألا تضر بالغير ، ومن الضرر بالشريك فى المبيع

---

(١) وهنا نلاحظ ، أن القانون استقر أخيرا على اعتبار الجوار سببا للأخذ بالشفعة .

(٢) حـ ٦ : ٣٤٣ — ٣٤٤ .

(٣) لم نقل : والجار ، لأنه لا يتصور جوار فى المنقول .

أن يجيء له شريك آخر لا يرضاه . ومن ثمّ يكون من العدل ورعاية مصلحة الجميع أن تثبت الشفعة فى العقار والمنقول ، وهذا هو مذهب طائفة كبيرة من رجال الفقه كما سنعرف قريباً .

ب) ومن ناحية أخرى ، يجب أن ننظر إلى علّة أو حكمة شرع الشفعة ، وهذه الحكمة ليست إلا دفع أذى الدخيل الأجنبي عن صاحب حق الشفعة ، على اختلاف المذاهب والآراء . ومن المُسَلّم فقهاً ومنطقاً أن الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدما ، وربما لا يقلّ ضرر الدخيل فى المنقول ، عن ضرره إذا كان المبيع عقاراً ، وسيجيء لهذا زيادة إيضاح عند الكلام على مذهب الظاهرية ومَن إليهم .

٢٩٥ — وإذا كان الأحناف والشافعية ومن ذهب مذهبهم من الحنابلة ، لم يجيزوا الشفعة إلا فى العقار ، وما يتصل به اتصال قرار من المنقول ، وقد استوحاهم فى ذلك واضع القانون المدنى كما رأينا ، فإن المالكية وسّعوا قليلا من نظرهم ، فأجازوها فى بعض المنقول ، وإن بيع مستقلاً عن العقار .

فالإمام مالك رضى الله عنه يرى وجوب الشفعة فى السُّفُن ، لأن السفينة كما يقول تُتَّخذ مسكناً مثل الدار ، فتجب فيها الشفعة كما تجب فى المسكن الآخر وهو العقار[1] . ويرى المالكية بصفة عامة الشفعة فى بعض ما هو منقول ، غير السفن ، وإن لم يكن متصلاً كالبناء والشجر بالعقار اتصال قرار ، وذلك مثل الفواكه والخضر .

٢٩٦ — ومن هنا ، نجدهم يقولون بالشفعة فى القِثّاء والبِطيخ والخيار ونحوها ، وفى الباذنجان والفول الأخضر ، ونحو هذا كله مما له أصل يبقى فى الأرض وقتاً ما ، وذلك إذا باع أحد الشريكين شيئاً منه ولو مفرداً عن أصله[2] .

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ١٢ .

(٢) الشرح الصغير للدردير ، حـ ٢ : ٢٥٢ ، شرح أبى عبد الله الخرشى على خليل ، حـ ٦ : ١٦٨ .

ولعلهم ذهبوا إلى الشفعة فى أمثال هذه الأشياء ، ولم يَروها فى كل منقول ، لأن الأصل عندهم أن الشفعة لا تجب إلا فى ثلاثة أنواع : العقار كالدور والحوانيت والبساتين ، وما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا يُنقل ولا يُحوّل كالبناء والشجر ، وما يتعلق بهذه كالثمار . وما عدا ذلك ، من العُروض والحيوان ، لا شفعة فيه[1] .

٢٩٧ — أما الذين توسعوا إلى أقصى الحدود فى إيجاب حق الشفعة للشفيع ، فهم الظاهرية أتباع داود بن على شيخ أهل الظاهر ، ثم ابن حزم من بعده[2] . إنهم ذهبوا إلى وجوب الشفعة لصاحبها فى كل مَبيع ، عقاراً أو منقولا ، سواء أكان المنقول متصلا بالعقار أم لا صلة له مطلقاً به .

وفى هذا يقول ابن حزم ما نصُّه : « الشفعة واجبة فى كل جزء بِيع مُشاعا غير مقسوم بين اثنين فصاعدا ، من أى شىء كان ، مما ينقسم ؛ من أرض ، أو شجرة واحدة فأكثر ، أو عبدٍ أو أمَة ، أو من سيف ؛ أو من طعام ، أو من حيوان ، أو من أى شىء بيع . لا يحل لمن له ذلك الجزء ، أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه . فإن أراد من يَشركه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره ، فالشريك أحق به ؛ وإن لم يُرد ، فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه . فإن لم يعرض عليه كما ذكرنا ، حتى باعه من غير من يَشركه فيه ، فمن يَشركه مخيّر بين أن يُمضى ذلك البيعَ ، وبين أن يُبطله ويأخذَ ذلك الجزء لنفسه بما بيع به[3] » .

٢٩٨ — هذه الجملة الموجزة ، تجمع أصول مذهب الظاهرية فى هذه المشكلة ، مشكلةِ الشفعة ، وفيم تكون . إنها تكون عندهم فى كل شىء بيع كما رأينا ، بشرط أن يكون البيع جزءاً مشاعاً فى كلّ ، فهى إذاً للشريك لا لغيره . كما أنهم رأوا مالم يره الفقهاء الآخرون من ناحية أخرى ، نعنى إيجاب عرض الشريك الذى يريد

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد الفيلسوف ، حـ ٢ : ٢٥٤ — ٢٥٥ .

(٢) توفى داود عام ٢٧٠ هـ ، وابن حزم عام ٤٥٦ هـ .

(٣) المحلى ، فى المسألة رقم ١٥٩٤ ، حـ ٩ : ٨٢ — ٨٣ .

بيع حصته الأمرَ على شريكه قبل البيع ، و إلا كان آثماً . كما أنهم أجازوا لصاحب حق الشفعة إسقاط حقه فيها قبل البيع ، خلافاً لغيرهم كما سيأتى .

ويستدل ابن حزم بعد هذا ، لما يرى استدلالا قوياً من وجوه عدّة : بأحاديث الرسول أولا ، ثم بالعقل ثانياً ، ناظرا إلى حكمة تشريع الشفعة التى توجب تعميمها فى كل مَبيع مهما يكن .

٢٩٩ — فالآثار متواترة ظاهرة لإثبات ما يقول ، ومنها ما رواه جابر وابن عباس ، عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، بأن الشفعة فى كل مال ، وفى كل شيء ، وفى كل ما لم يقسم . وما رواه ابن أبى مُلَيْكة من أن الرسول قضى بالشفعة فى كل شيء : الأرض والدار والجارية والخادم ، إلى أحاديثَ وآثارٍ أخرى صحيحة فى رأيه وتشهد لمذهبه .

ومن باب العقل ونظره ، نراه يقول(١) : « لا تخلو الشفعة من أن تكون من طريق النصّ كما نقول نحن ، أو من طريق النظر كما يقول المخالفون . فإن كانت من طريق النَّصّ ، فهذه النصوص التى أوردنا لا يحل الخروج عنها ؛ و إن كانت من طريق النظر ، كما يزعمون أنها جعلت دفعاً للضرر عن الشريك ، فالعلة بذلك موجودة فى غير العقار كما هى موجودة فى العقار بل أكثر ، وفيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم ، بل هى فيما لا ينقسم أشد ضررا(٢) » .

٣٠٠ — ثم ، نراه لا ينسى الرد على ما استدلّ به المخالفون ، على شرط أن يكون الشيء المشفوع فيه عقارا . فهو يرى مثلا أن ما رُوى عن الرسول من أن الشفعة فى كل شِرْك : فى أرض أو رَبْع أو حائط ، ليس فيه أنه لا شفعة إلا فى هذا فقط ، و إنما فيه إيجاب الشفعة فى هذه الأشياء دون التعرض لكون ما عداها فيه الشفعة أوْلا .

---

(١) المحلى ، حـ ٩ : ٨٤ — ٨٥ .

(٢) بهذا يرد ابن حزم على من شرط أن يكون المشفوع فيه قابلا للقسمة ، على ما تقدم .

يجب إذاً ، كما يرى ، طلب حُكمْ ما عدا هذه الأشياء من نصوص أخرى كالتى ذكرنا بعضها ، ومن القياس أيضاً . وفى ذلك يقول : كيف ، والحنفيون والمالكيون والشافعيون المخالفون لنا فى هذا أصحاب قياس بزعمهم ! فَهَلاّ قاسوا على حكم الأرض والحائط والبناء سائر الأملاك بعلة الضرر ودفعه[1] !

٣٠١ — هذا ، ومن الحق أن نقول بثبوت حق الشفعة فى حقوق العقار كالشرب والطريق الخاصَّيْن ، وبذلك يمكن جمع ما تفرق من حق الملكية ، إذا أجيز للإنسان أن يتملك بطريق الشفعة ما للعقار المملوك له سابقاً من حق الشرب والطريق الخاصين . إلا أن من أجاز ذلك من الفقهاء ، قيدوه بشروط وأحوال خاصة .

ففى نهاية المحتاج للرّملى ، أن الصحيح ثبوت الشفعة فى الممر بما يخصه من الثمن ، إن كان للمشترى للممر الخاص المشترك طريق آخر إلى داره ، أو أمكن من غير مؤنة وضرر عليه الوصول لداره من طريق آخر ؛ وإلا ، فلا تثبت الشفعة فى الممر ؛ لما فى ذلك من ضرر المشترى ، والشفعة شرعت لدفع الضرر فلا يُزال ضرر بآخر[2] .

٣٠٢ — وأخيرا ، وتطبيقاً لمذهب ابن حزم ، نرى أن للشريك فى شىء من الماشية كما يحصل فى القُرى ، أو فى سيارة أو كشك لبيع صحف ، أو أدوات وآثاث قهوة أو دار للخيالة (السينما) نرى أن للشريك فى شىء من هذا ونحوه ، الشفعةَ إذا باع شريكُهُ نصيبه من أجنبى ، ما دام سيدفع الثمن نفسه الذى دفعه الأجنبى الآخر .

وتعلُّل المالك ، الذى يريد البيع لأجنبى فى هذه الحالات ، بحريته فى التصرف وفى البيع لمن يريد ، يعتبر تعنُّتا لا ينبغى أن تُعين عليه الشريعةُ بأية حال . ومما ينبغى أن نلاحظه هنا ، أن القول بثبوت حق الشفعة فى المنقول مطلقاً كما فى العقار ،

---

(١) المحلى ، حـ ٩ : ٨٥ — ٨٩ .
(٢) حـ ٤ : ١٤٥ . وانظر مثل ذلك عند الحنابلة ، كشاف القناع حـ ٢ : ٣٧٨ .

ليس مذهب أهل الظاهر وحدهم ، بل هو — كما ذكرنا من قبل — رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، وقول أهل مكة أيضا[1] .

حـ — من هو الشفيع :

٣٠٣ — والآن ، من الذى له حق الشفعة ؟ أهو الشريك فى المبيع ، أو حق من حقوقه كالشِّرب والطريق الخاصين ؟ أم الجار أيضا مع هذا الشريك ؟ هذه المسألة أثارت خلافاً شديداً بين الفقهاء من ناحية ، وبينهم وبين واضع القانون المدنى من ناحية أخرى .

ولكل من أصحاب المذاهب الفقهية أدلته التى يلجأ إليها . وغالب هذه الأدلة أحاديث وآثار يرويها ويجدها صحيحة ، ثم يُتبعها بما يبررها من ناحية التعليل العقلى . وعليه — بعد هذا وذاك — أن ينظر إلى أدلة خصمه من الأحاديث فيردّها أو يؤوّلها ، حتى تتفق مع مذهبه ، ومن نظر العقل فيقابله بنظرٍ عقلىّ آخر .

٣٠٤ — فعند الأحناف ، يثبت هــذا الحق للشريك فى المبيع نفسه ، ثم للشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، ثم للجار إن لم يكن للبائع شريك فى هذا أو ذاك . وفى ذلك كله يقول الإمام أبو جعفر الطحاوى :

« وأولى الشفعاء بالمبيع الشريكُ الذى لم يقاسم ، ثم يتلوه الشريك الذى قاسم وبقيت له شركة فى الطريق ، ثم يتلوه الجار الملاصق[2] » . وهذا المذهب نجده فى كل مؤلفات الأحناف المتقدمين والمتأخرين ؛ لأن علة إثبات حق الشفعة للشريك ، توجب ثبوته للجار أيضا[3] . وهم يستدلون فى ذلك بالأحاديث التى سبق أن ذكرنا

---

(١) إعلام الموقعين ، حـ ٢ : ٨٧ ؛ المحلى ، حـ ٩ : ٨٦ . وهنا ينبغى أن نشير إلى أن المادة ٨٣٣ من القانون المدنى الجديد ، جعلت للشريك فى المنقول الشائع أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى . وليس هذا ، فيما نرى ، إلا مذهب ابن حزم فى تقرير حق الشفعة للشريك فى المنقول المملوك على الشيوع .

(٢) مختصر الطحاوى ، ص ١٢٠ .

(٣) انظر البدائع ، حـ ٥ : ٤ — ٥ ؛ الهداية للمرغينانى ، حـ ٤ : ١٨ — ١٩ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٤ — ١٤٥ . وراجع المبسوط للسرخسى ، حـ ١٤ : ٩٢ — ٩٤ .

بعضها ، وفيها دَلالة على حق الجار فى الشفعة ، وبأن حكمةَ شرعيةِ الشفعة للشريك تظهر أيضاً فى حق الجار دفعاً للضرر عن الإثنين .

٣٠٥ — أما الجمهور الأعظم من الفقهاء ، نعنى الشافعية والمالكية والحنابلة وأهلَ الظاهر ، فقد أجمعت كلمتهم على أن حق الشفعة ليس إلا للشريك فى ذات المبيع ؛ فلا شفعةَ عندهم للخليط أو الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع ، ولا للجار أيضاً ؛ ذلك ، بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل كما يقال ، فلا يصح التوسع فيها ، بل يجب الوقوف فيها على ما ورد به النص . وفى هذا ، يروون أحاديث كثيرة ، منها : « قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ونذكر لإثبات هذا الرأى ، من علماء الشافعية الإمام الغزالى إذ يقول : « فلاشفعة للجار عندنا و إن كان ملاصقا »[1] . والرملى يصرح بهذا أيضاً ، فيقول ولاشفعة إلا لشريك فى العقار المأخوذ ولو ذِمّيا[2] ، ويوجب تأويل الأحاديث التى جاءت فى إثباتها للجار ، وذلك بجعلها على الشريك ؛ لأن ملك كل شريك مجاور لملك صاحبه ، فكل منهما جار للاخر[3] .

٣٠٦ — وقد عرض الإمام ابن القيم هذه المسألة عرضاً طيباً وافياً ، فذكر كل رأى واستدلال أصحابه له ، مُبيِّناً أن الكل يجرى وراء الضرر الذى أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة . فمنهم من رأى أن الشارع أراد دفع ضرر الشريك إذا باع لغير شريكه ، « وقد فرق الله بين الشريك والجار شرعا وقدراً ، ففى الشركة

(١) الوجيز ، حـ ١ : ٢١٥ ..

(٢) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٤٥ .

(٣) راجع عند المالكية ، الشرح الصغير للدردير ، حـ ٢ : ٢٤٩ — ٢٥٠ ؛ الخرشى على خليل ، حـ ٦ : ١٦١ — ١٦٢ . وانظر عند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٧٥ ؛ المغنى لابن قدامة ، حـ ٥ : ٢٨٥ . وانظر عند الظاهرية ، المحلى لابن حزم ، حـ ٩ : ٨٢ — ٨٣ ، ١٠٢ وما بعدها .

حقوق لاتوجد فى الجوار . . فلم يجز إلحاق الجار بالشريك و بينها هذا الاختلاف[١] والنتيجة أن الشفعة للشريك وحده .

كما تكلم عن الآخرين الذين يرون حق الشفعة للشريك والجار ، لا للأول وحده ، فإن الجار قديسىء الجوار غالباً وكثيراً ، فيَعْلى الجدار ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، و يشرف على العورة و يطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولايأمن جاره بوائقه ، وهذا مما يشهد به الوقع »[٢] و إذاً ، فلدفع هذا الضرر الذى ربما لايقل عن ضرر الشريك ، تكون الشفعة للجار أيضاً .

٣٠٧ — ثم انتهى ، بعد أن عرض هذين الرأيين ، إلى رأى وسط وهو إثبات الشفعة للجار إن كان مع جواره شريكا أيضاً فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق أو الشِّرب . و إلا فلا شفعة للجار ، إن لم يكن بينه و بين العقار المبيع حق مشترك البتة .

وهذا الرأى ، كما يقول ابن القيم ، رأى وسط حقاً بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقاً حتى إن لم يكن شريكا للبائع فى بعض حقوق الارتفاق ، و بين الفقهاء الآخرين الذين لايجعلون له حق الشفعة مطلقاً ، حتى إن كان شريكا للبائع فى بعض حقوق الارتفاق .

وهذا الرأى بعد ذلك ، قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث ، وقول عمر بن عبد العزيز والقاضيين : سوار بن عُبيد الله ، وعبيد الله بن الحسن العنبرى ، وهو أعدل الأقوال ، ومختار ابن تيمية[٣] .

٣٠٨ — وقد يشهد لهذا الرأى الذى اختاره ابن القيم ، كما اختاره من قبله شيخه ابن تيمية ، حديثان ذكرناهما أول الأمر عند الكلام على دليل شرعية الشفعة ، وهما :

---

(١) راجع إعلام الموقعين ، حـ ٢ : ٩٤ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٨٩ .

(٣) إعلام الموقعين ، حـ ٢ : ٩٥ .

ا) الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إذا كان طريقهما واحداً .

ب) قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرّفت الطرق فلا شفعة . فهما ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالعقار المبيع وهو الطريق ، ويقاس الشّرب على الطريق . ومن الممكن بعد هذا ، أن ترد الأحاديث التى ورد فيها إثبات الشفعة للجار دون هذا الشرط إلى هذين الحديثين .

٣٠٩ — هذا من ناحية الفقه الإسلامى . أما القانون المدنى الجديد ، فإن المادة ٩٣٦ منه جعلت للجار أن يأخذ بالشفعة فى حالات خاصة ، ومن هذه الحالات أن يكون للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أوكان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . ومنها ، أن تكون أرض الجار ملاصقة للارض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل[1] .

ومن هذا ، يتبين أن واضع القانون لم يذهب مع الذين أباحوا للجار مطلقاً الأخذ بالشفعة بعد الشريك ، ولامع الآخرين الذين منعوه مطلقاً من أن يكون شفيعاً ، بل جاء بحكم وسط بين هذين الطرفين وتبين فيه روح التضييق من حق الشفعة ؛ إذ أوجب تلاصق أرض الجار من جهتين للارض المبيعة[2] وألا تقل قيمتها عن نصف ثمن الأرض المبيعة ، وكل من هذين الشرطين يحرم بلا ريب ، دون حق ، كثيراً ممن رأى الفقهاء ثبوت حق الشفعة لهم بسبب الجوار .

ونرى أن من الخير أن اتفق القانون و بعض مذاهب الفقه الإسلامى فى منح الجار هذا الحق ، إذا لم يوجد شريك فى المبيع يطلب الشفعة . إن هذا يمنع كثيراً من الشر وبخاصة فى الريف ؛ إذا يحرص كل جار من المزارعين على توسيع رقعة

---

(١) أثارت هذه المادة جدلا شديداً ، أبان عن وجهات نظر مختلفة ، بين أعضاء لجنة وضع القانون ، وكذلك فى مجلس النواب - انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، حـ ٦ : ٣٥٩ وما بعدها .

(٢) فى الفقه أن الجار « الملاصق من جانب واحد ، ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاث جوانب ، فهما سواء » . ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٥ .

مايملك ، ويرى فى شراء أجنبى عن الأرض ما كان يستطيع شراءه عدوانا عليه يقابله بعدوان آخر أشد منه !

د ـ تزاحم الشفعاء :

٣١٠ — إذا تزاحم الشفعاء بأن كانوا أكثر من واحد ، وكل منهم يطلب الشفعة ، كان لنا من ذلك حالتان :

ا) ألا يكونوا من مرتبة واحدة ؛ بأن يكون أحدهم شريكا فى المبيع نفسه ، والآخر شريكا فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، وثالث جارا لاغير .

ب) أن يكونوا جميعاً من مرتبة واحدة ، شركاء أو جيرانا .

ففى الحالة الأولى ، يجب تقديم الشريك فى المبيع نفسه ، ثم الشريك فى بعض حقوق الارتفاق الخاصة ، وأخيراً يجىء حق الجار ، ولاخلاف فى هذا بين الأحناف وهم يستدلون لذلك بقول الرسول : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع »[1] . والمراد من الشريك هنا هو من له شركة فى المبيع نفسه ، والخليط هو من له شركة فى حق الارتفاق ، والشفيع يراد به الجار . وهذا الاستدلال بالحديث ، استدلال يوافق العقل للفرق الواضح بين الثلاثة فى الصلة بالعقار المبيع[2]

على أن الإمام أبا يوسف ، فى رواية عنه ، يرى أنه إذا رضى الشريك بالبيع للأجنبى كان نازلا عن حقه فى الشفعة ، وإذاً لاتكون لغيره من الجيران ، لأن الحق عند البيع كان للشريك لالغيره ، ألا ترى أن غيره لايملك المطالبة ! فإذا سلم سقط الحق أصلا . ووجه ظاهر الرواية أن كلا من هذه الأشياء الثلاثة[3] يعتبر بلاريب سبباً تاماً صالحاً لاستحقاق الشفعة ، مع الفرق طبعاً بينها فى القوة ، ومن

---

(١) الهداية ، حـ ٤ : ١٨ ؛ وراجع المبسوط ، حـ ١٤ : ٩٤ .

(٢) وفى هذا يتفق الفقه والقانون . انظر المادة ٩٣٦ ، والفقرة الأولى من المادة ٩٣٧ ، من القانون المدنى الجديد ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٨

(٣) أى الشركة فى المبيع نفسه ، فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، والجوار .

هنا كان الترتيب الذى ذكرناه فيما بينها ؛ فإذا سلم من له الحق الأول ، انتقل الحق لمن يليه فى الترتيب[1] .

٣١١ — وفى الحالة الثانية ، يجب أن يقسم العقار موضوع الشفعة — متى حكم بها — بين الطالبين جميعاً ماداموا من مرتبة واحدة . إلا أن هذه القسمة تكون بالتساوى على عدد الرءوس عند الأحناف وابن حزم ؛ لاستوائهم جميعاً فى سبب استحقاقها ، وهو أصل الشركة أو الجوار[2] .

وتكون القسمة عند الشافعية والمالكية والحنابلة حسب نسبة مايملكه كل من طالبى الأخذ بالشفعة ؛ لأنها وجبت لكل منهم بسبب مايملكه من العقار المشترك مع العقار المبيع ، فيأخذ إذاً كل منهم بقدر مايملكه من هذا العقار[3] على أن فى المذهب الشافعى قولا بالتقسيم على عدد الرءوس كما هو الأمر عند الأحناف[4] .

٣١٢ — و بعد ما تقدم ، يرى الأحناف أن الأرض التى تسقى من مجرى خاص ، تثبت فيها الشفعة إذا بيعت لكل من المنتفعين بهذا الشرب تطبيقا للأصل الذى ذهبوا إليه ، لا فرق بين الأرض المجاورة لها والبعيدة عنها ولا بين التى تسقى منه مباشرة ، والتى تُسقى من جدول يأخذ منه[5] . أى أن كل أصحاب الأرضين التى على هذا المجرى سواء ، لأن السبب فى استحقاق الشفعة فى هذا واحد وهو الاشتراك فى هذا المِرْفق الخاص .

وهنا ، أجدنى مضطرا للذهاب إلى رأى يخالف هـذا الرأى ؛ أى أن حق

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٨ .

(٢) المبسوط ، حـ ١٤ : ٩٧ — ٩٨ ؛ بدائع الصنائع ، حـ ٥ : ٦ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٤ مختصر الطحاوى ، ص ١٢١ ؛ المحلى ، حـ ٩ : ٩٨ .

(٣) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٥ ؛ الشرح الصغير للدردير ، حـ ٢ : ٢٥٦ ؛ كشاف القناع حـ ٢ : ٣٨٣ . والقانون المدنى (م ٢/٩٣٧) مع هؤلاء . وانظر فى هذا أيضاً ، شرح القانون المدنى فى الأموال ، للدكتور شفيق شحاته ، القسم الأول ص ٢٦٦ .

(٤) نهاية المحتاج ، حـ ٥ : ٥٥ ؛ الوجيز حـ ١ : ٢١٩ .

(٥) البدائع ، حـ ٥ : ٩ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، حـ ٥ : ١٤٥ .

الشفعة يكون فى هذه الحالة لصاحب الأرض المجاورة للأرض المبيعة ، لا لجميع أصحاب الأراضى الأخرى التى تروى من هذا المجرى الخاص ، ذلك ، بأن صاحب الأرض البعيدة لا يضره اختلاف مالك الأرض المبيعة ما دام ليس جارا له ، والغرض من الشفعة هو دفع أذى الجار الجديد . ولهذا ، يرى الأحناف أنفسُهم أن الشفعة تـكون للجار الملاصق إذا كان النهر كبيرا غير خاص ، أو كان الطريق عاما كالشوارع العامة فى المدينة أو القرية[١] .

٣١٣ — أما إذا بيعت دار فى طريق ، كان لـكلٍّ من أصحاب الدور الأخرى حقُّ الشفعة ؛ سواء فى ذلك الدار الملاصقة وسائرُ الدور ، وسواء أيضا الدار التى ليس لها إلا باب على هذا الطريق والدور التى لهـا — مع الباب الذى على هذا الطريق — أبواب على الطريق العام . وهناك من الأرضين أرض لها حق فى شِرْب خاص وحق فى طريق خاص ؛ فإذا بيعت كان الشريك فى الشرب أولى من الشريك فى الطريق ، كما أن الشريك فى هذا أولى من الشريك فى المسيل .

والسبب فى ذلك كله ، قوة الاتصال وضعفه ، وقوة التزاحم ، أو ضعفه أيضا فى حقوق الارتفاق . ولا ريب فى أن التزاحم على الماء أشدُّ قوةً وخطراً من التزاحم على الطريق ، وفى أن التزاحم على هذا أشدُّ منه فى المسيل ، والشفعة شُرِعت لدفع الضرر والتزاحم وقطع النزاع .

هـ - غيبة بعض الشفعاء :

٣١٤ — وإذا تعدد الشفعاء ، قد يحدث أن يكون أحدهم غائبا حين البيع ووجوب طلب الشفعة . حينئذ ، إذا طلب الحاضر أخذ المشفوع فيه كان له ذلك ، ويقسم بينهم إذا كان الحضور متعددين ، وطلبها كل منهم . لأن كل شفيع يستحق وحده العقار المبيع إن لم يطالب زميله بالشفعة . وقسمته بينهم لتزاحمهم على

(٢) انظر المرجعين السابقين فى الموضع نفسه ، وفيهما الحد الفاصل بين ما هو خاص وما هو عام من المجرى والطريق .

طلبه ، والغائب لا يزاحم الحاضر . فإن الحاضر ثابت بيقين ، وحق الغائب مشكوك فيه ؛ إذ قد يرغب عن الشفعة ، والمشكوك فيه لا يزاحم اليقيني ، وليس للحاضر أخذ نصيبه فقط وترك نصيب الغائب ، لما في هذا من ضرر بالبائع والمشتري لتجزئة الصفقة عليهما[١] .

ثم ، إذا جاء الغائب وطلب الشفعة ، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة ، قاسم الحاضر فيما أخذ ، على حسب الرءوس عند الأحناف وبنسبة ما يملكه كل منهم عند الآخرين كما تقدم . وإن حضر بعد هذا غائب آخر كان الأمر كذلك ، أي تنقض القسمة الأولى ويعاد تقسيم العقار موضوع الشفعة بين الجميع[٢] .

٣١٥ — فإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذي قضى له بالشفعة — وهذه الحالة لا تتأتى إلا عند الأحناف الذين يثبتون الشفعة لغير الشريك أيضا — بأن كان الذي قضى له بها شريكا والآخر جاراً ، فإن الغائب متى حضر لا شيء له وإن طالب بالشفعة ؛ لأنه لا شفعة للجار مع الشريك إذا كان حاضرا ، فبالأولى إذا كان غائبا .

وإن كان من مرتبة أعلى من الحاضر ، بأن كان هذا جارا والآخر شريكا ، وطالب بالشفعة حين حضر ، كان هو أولى بأخذ العقار المبيع ولو كان قد قضى به للجار الحاضر ، وحينئذ يؤخذ العقار من الجار ويعطى للشريك ؛ لأنه تبين أنه أخذ ما ليس له ، مع وجود الشريك وطلبه الشفعة .

غير أنه ، بعد كل ما تقدم ، إذا لم يجيء الغائب إلا بعد أن استغل الشفيع الحاضر العين المشفوع فيها ، لم يكن له المطالبة بشيء من الغلة لأنها ثمرة مجهود الأول ونفقاته ، حتى إن كان الغائب من مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر .

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٦ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٦ . والأمر كذلك عند غير الأحناف ؛ راجع نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٦ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٤ ؛ المحلى لابن حزم ، حـ ٩ : ٩٧ .

(٢) انظر المراجع السابقة في المواضع نفسها .

شروط الشفعة

٣١٦ — للأخذ بالشفعة شروط كثيرة يجرى فى بعضها اختلاف الفقهاء ، وسنكتفى من هذا الشروط بالمهم ، تاركين اشتراطهم أن يكون المشفوع فيه عقارا ؛ فهذا الشرط لم يخالف فيه إلا الظاهرية ، وقد بحثناه عند الكلام فيما سبق عن موضوع الشفعة .

وهذه الشروط هي :[1]

ا) خروج المشفوع فيه خروجا باتا عن ملك صاحبه .

ب) أن يكون ذلك نظير عوض مالى .

ج) أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت البيع و إلى أن يُقضى له بها .

د) عدم رضا الشفيع بالبيع .

خروج العقار عن ملك صاحبه :

٣١٧ — يجب أن يخرج العقار المشفوع فيه عن ملك صاحبه خروجا باتّا نهائيا . و إذاً ، فالبيع بشرط الخيار للبائع لا يثبت به حق الشفعة ، لأن المبيع ما زال على ملك صاحبه ما دام الخيار له ، فله أن يرجع عن البيع . ولهذا ، لو أسقط البائع ما له من خيار ، تم البيع ووجبت الشفعة . ومثل خيار الشرط للبائع فى منعه حقَّ الشفعة ما دام الخيار قائما ، الشراء بعقد فاسد ، لأن هذا العقد يجب دينا نقضُه وردُّ المبيع إلى ملك بائعه .

ولكن لا يمنع من الشفعة ما يكون للمشترى من خيار الرؤية أو العيب ، وسيجىء فى نظرية العقد بيانهما ، لأن شيئا منها لا يمنع من زوال ملك البائع عن المبيع كما لا يمنعها أيضا اشتراطُ المشترى الخيارَ لنفسه ، دون أن يشترطه البائع أيضا لنفسه

---

(١) يراجع لم يذكر الزيلعى من شروط الشفعة إلا إثنين ، حـ ٥ : ٢٣٩ ، ٢٥٢ .

لأن المبيع يخرج عن ملك صاحبه مع وجود خيار الشرط للمشترى وحده ، وهذا هو ما يتوقف عليه حق الشفعة[1] .

ب — خروجه بعوض مالى :

٣١٨ — ولا بد من أن يخرج موضوع الشفعة عن ملك صاحبه بعوض هو مال وإلا فلا شفعة ، وتحت ذلك صورتان[2] :

ا) أن يخرج بلا عوض مطلقاً ، وذلك كالهبة بغير شرط العوض والوقف والوصية والميراث ، ويعلل الفقهاء منع الشفعة هنا ، لأنها تملّك المبيع جبراً عن المشترى بالثمن والتكاليف التى دفعها ، ولكنه لم يدفع شيئاً بل تملّكه بالمجان . ثم لنا أن نقول مع هذا ، بأن الأخذ بالشفعة هنا يقف فى سبيل رغبة المتصرّف فى عمل الخير أو صلة ذوى قُرْباه ورَحِمه .

ب) أن يزول الملك بعِوض ولكنه ليس مالاً ؛ مثل أن يكون مهراً ، أو بدل خُلْع ، أو أجراً على عمل طبيب أو محام ، ونحو ذلك كله . فى هذه الأحوال وأمثالها ، لا تثبت الشفعة للشريك أو الجار ، لأن بدل الملك ليس مالاً ، حتى يمكن أن يدفعه من يريد الأخذ بالشفعة .

٣١٩ — والفقهاء جميعاً على اتفاق فيما يختص بمنع الشفعة فى الأولى ، وابن حنبل مع الأحناف فى منعها أيضاً فى الصورة الثانية[3] ، لكن الشافعية والمالكية أجازوا للشفيع الأخذ بالشفعة فى هذه الصورة . لأن الغرض من الشفعة دفع ضرر

---

(١) البدائع ، ج ٥ : ١٣ ؛ الزيلعى ، ج ٥ : ٢٤٢ — ٢٤٣ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٥ : ١٤٦ — ١٥٠ ؛ الشرح الصغير للدردير ، ج ٢ : ٢٥٣ ؛ المحلى ، ج ٩ : ٩٩ . وراجع عند الأحناف أيضا ، المبسوط للسرخسى ج ١٤ : ١٤٩ ؛ والطحاوى ، ص ١٢٤ . لكن ابن حنبل يرى أن خيار المشترى يمنع الشفعة كما يمنعها خيار البائع ، الكشاف ج ٢ : ٢٩٣ .

(٢) راجع عند الحنفية ، البدائع ج ٥ : ١١ — ١٢ ؛ الزيلعى ، ج ٥ : ٢٥٢ — ٢٥٣ ؛ مختصر الطحاوى ، ص ١٢١ .

(٣) كشاف القناع ، ج ٢ : ٣٧٧ .

الدخيل ، وهذا متحقق هنا . ثم من الممكن أن نعرف ما يجب أن يدفعه الشفيع سواء أكان ذلك قيمة العقار أم قيمة بدله .

وحينئذ ، على الشفيع أن يدفع للمشترى قيمة العقار مهما كانت ؛ عند مالك على حين يوجب الشافعى دفع قيمة البدل لا قيمة العقار . أى مهر المثل فى حالة جعل العقار مهراً ، أو بدل الطلاق أو الخُلْع ، وقيمة أجرة عمل المحامى أو الطبيب مثلا . وبهذا يتحقق ، فيما نرى ، معنى الشفعة من أنها تملك الشفيع العقار المبيع بما قام به على المشترى[1] .

٣٢٠ — وبناء على ما تقدم ، تثبت الشفعة إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد من هذه العقود وأمثالها : البيع ، الهبة بشرط العِوض أى بشرط أن يعوِّض الموهوب له الواهبَ شيئاً عما وهبه له ، الصلح عن مال . لأن العقار قد قوبل فى كل من تلك العقود بعِوض هو مال سواء أكان العوض مثلياً أم قيمياً[2] ، وسواء أكان العقار وقفاً أم غير وقف .

أما البيع فالأمر ظاهر . وأما الهبة فهى عند زُفَر ، من أئمة الحنفية ، تعتبر معاوضة من أول الأمر ، ولهذا تجب الشفعة فى رأيه متى تمَّ العقد ، ولو قبل القبض من الطرفين . وعند الإمام وصاحبيه تعتبر الهبة تبرعاً ابتداء معاوضةً انتهاء أى بعد قبض البَدَلَيْن ، لأن لكل من الطرفين حقَّ الرجوع فيها قبل القبض ، فلا بد إذاً لثبوت الشفعة فيها من التقابض[3] .

٣٢١ — وحين تذكر المادة رقم ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد أن « الشفعة

---

(١) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٤٦ ، ١٤٩ ؛ الوجيز ، حـ ١ : ٢٢٧ ؛ الشرح الصغير للدردير ، حـ٢ : ٢٤٩ .

(٢) وهنا يقول الإمام الطحاوى : « وإذا كان ثمن المشفوع فيه له مثل أخذه الشفيع بمثله ، وإن كان لا مثل له أخذ بقيمته » . المختصر ، ص ١٢١ .

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ١١ . على أن الملك فى أحد البدلين يتم بقبضه وإن لم يقبض البدل الآخر ، المبسوط حـ ١٢ : ٨٠ .

رخصة تجيز فى بيع العقار الحلولَ محل المشترى » الخ ، نفهم أن واضع هذا القانون يشترط فى المشفوع منه أن يكول قد تملّك العين محل الشفعة بمقتضى عقد بيع . و إذاً فلا شفعة إذا كان قد تملكها بالهبة بشرط العِوض ، أو بأى طريق آخر فيه معنى المعاوضة .

على أن من أخذوا فى شرح هذا القانون ، يرون بحق أن الهبة بشرط العوض ليست فى الحقيقة إلا معاوضة ، وعلى هذا تكون فيها الشفعة كما يرى فقهاء الإسلام وحينئذ يكون على الشفيع متى حكم له بالشفعة أن يدفع للموهوب له القيمة الحقيقية للشيء الموهوب ، لا قيمة العِوض الذى دفعه للواهب ، ليكون قد تملك العقار المشفوع فيه بقيمته الصحيحة[1] ، وهنا يجب أن نلاحظ أن دفع القيمة الحقيقية للشيء الموهوب ، أدق من نظرة الشافعية حين رأوا أن يدفع الشفيع ، فى حالة خروج العقار عن ملك صاحبه بغير البيع و ببدل هو مال قيمة البدل لا قيمة العقار ، على خلاف المالكية الذين يوجبون قيمة العقار نفسه .

٣٢٢ — وفى الصلح نجد هذه الصور :

ا) أن يدعى أحد من الناس على آخر مبلغاً من المال ، فيتصالح هذا على تقديم قطعة من الأرض ، أو دار له ، للمدعى بدل ما يدَّعِى به ، سواءاً كان قد أقر بالدعوى أم أنكرها ، ففى هذه الصورة تثبت الشفعة للشريك أو الجار لهذا العقار لأن المدعى أخذ عوضاً عن حقه الذى ادَّعي به ، فهو مشترٍ له فى رأيه .

ب) أن يدعى أحد من الناس على آخر أنه يستحق لديه هذه الأرض أو الدار فيقبل المدّعى عليه إنهاء القضية صلحاً بتقديم مبلغ من المال للمدعى ، وحينئذ تنظر فى موقف المدعى عليه من القضية . فإن كان قد أقرّ بما يطلبه المدعى ، أو أنكر وقامت عليه البينة بذلك ، وجبت الشفعة لصاحبها ، لأن ما فعله المدَعى عليه والمدعِى يكون بمثابة عقد بيع وشراء بينهما . أما إن أنكر المدعَى عليه الدعوى ، ولم يستطع

---

(١) الدكتور شفيق شحاته ، المؤلف السابق ذكره ، ص ٢٧٢ .

خصمه إقامة بينة عليها ، فيكون من الحق أن ذاك لم يدفع ما دفع للمدعِى ثمناً للعقار الذى تحت يده ، ولكن ليتفادى أن يحلف اليمين على كذبه فى دعواه وقطعاً للنزاع[١] .

ب — ملك المشفوع فيه واستمراره :

٣٢٣ — يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به قبل البيع ، وأن يستمر ذلك الملك حتى يُقضى له بالشفعة ، وعلى هذا ، لو بيع عقار فطلبه الشريك فيه أو الجار بالشفعة ، ثم باع العقار الذى كان يشفع به قبل الحكم له بالشفعة ، لا يكون له حق الشفعة حينئذ لأنها شرعت لدفع الضرر عن الشريك أو الجار ، و بعد بيع الشفيع ما يشفع به لم يبق شريكاً ولا جاراً ، فلِمَ يخشى أو يخاف من المشترى[٢] ؟

وقد فرع الفقهاء على هذا الشرط بناحيتيه ، أن ذلك الذى اشترى من الشفيع ما كان له حق طلب الشفعة به ، وكان هذا الشراء بعد بيع البائع للعقار موضوع الشفعة ، ليس له حق الشفعة كالذى اشترى منه ، لأنه لم يكن مالكاً لما يشفع به وقت العقد الأول الذى خرج به المشفوع فيه عن ملك صاحبه ، وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى[٣] : « ومنها — أى من شروط الشفعة — ملك الشفيع وقت الشراء فى الدار التى يأخذها بالشفعة ؛ لأن سبب الاستحقاق جوار المِلْك ، والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط ، والانعقاد أمر زائد على الوجود ، فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً ، فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة ، ولا بدار باعها قبل الشراء » ، ونقول : ولا بدار اشتراها بعد شراء المشترى الأول للعقار محل الشفعة .

---

(١) انظر فى هذا وما قبله ، البدائع ، حـ ٥ : ١١ . وراجع كشاف القناع ، حـ : ٣٧٧ .

(٢) ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٩ ، وفيه أن بيع الشفيع ما يشفع به يبطل الشفعة ولو لم يكن عالما ببيع العقار موضوع الشفعة . وعند الشافعية أن فى البيع وهو لا يعلم بالشفعة قولين (الوجيز حـ ١ : ٢٢٠ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٩) ، ونحن مع الأحناف فيا ذهبوا إليه ، وهو الأصح عند الشافعية .

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ١٤ .

٣٢٤ — وليس للوارث ، بناء على ذلك ، حق الشفعة فى عقار بيع فى حياة مورثه ، لأن الوارث لم يكن مالكاً لما ورثه وقت العقد[1] . لكن الأئمة الثلاثة الشافعى ومالكا وابن حنبل ، ذهبوا إلى ثبوت هذا الحق للوارث إذا كان المورث قد طالب بالشفعة بعد البيع ، لأن الوارث خليفة المورث فله ما كان عن خلفه من حقوق ، ومنها حق الشفعة دفعاً عن نفسه لضرر الدخيل[2] .

والمحاكم وشرّاح قانون الشفعة ، يأخذ بعضهم بعدم وراثة هذا الحق لأنه حق شخصىّ ، كما يرى الأحناف ، وآخرون يأخذون بالرأى المخالف : فيرون وراثة الوارث لحق الشفعة الذى للمورث ، ما دام يخلفه بعد وفاته ، وهنا يقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاته[3] : « ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة فيها إلى وارث الشفيع ؛ ذلك ، أن الحق بعد الإعلان قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عينى ينتقل إلى الورثة كالحق العينى سواء بسواء » ، وهذا تعليل صحيح منطقياً ، ويتفق مع الحكمة فى شرعية هذا النظام .

٣٢٥ — ومما يتفرع على هذا الشرط أيضاً ، أنه لا شفعة بالعقار الموقوف إذا بيع عقار بجواره مثلا ، لا للناظر ولا للمستحقين ؛ لأن الناظر ليس إلا مديراً للوقف لا مالكاً له ، وكذلك ليس للمستحقين إلا الانتفاع بالعقار الموقوف حسب شرط الواقف ، فليس لأحد منهم شيء من الملك فى العقار ليكون لهم حق الشفعة .

وثبوت حق الشفعة للوقف إذا بيع عقار بجواره ، أوفيه إذا حصل مثلا استبدال لبعض أعيانه بعين أخرى ، مسألة تحتاج إلى تمحيص ، وكثر فيها كلام

---

(١) يقول الطحاوى ، المختصر ص ١٢٣ ، : « والشفعة لا تورث » . وانظر ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٨ ، حيث يقول ، إن الشفعة مجرد حق التملك ، وهو لا يبقى بعد موت صاحبه ، فكيف يورث ! وانظر قبل هذا ، المبسوط ، حـ ١٤ : ١١٦ .

(٢) الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥٧ — ٢٥٨ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٠ ؛ المحلى لابن حزم ، حـ ٩ : ٩٦ .

(٣) شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول ، ص ٢٧١ . وانظر أيضاً ص ٢٧٠ أصلا وهامشاً .

الفقهاء ، لذلك رأينا من الخير أن ننقل عن ابن عابدين كلمة محررة وهى : « إن الوقف منه ما لا يُملك بحال ، فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه ، ولا له أى لا لقيِّمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك ، ومنه ما قد يملك ، كما إذا كان غير محكوم به[١] ، فلا شفعة له لعدم المالك ، بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع[٢] » .

على أنه فى حالة استبدال عين موقوفة بأخرى ، يجب أن تثبت الشفعة لصاحب الحق فيها فى العين التى خرجت من الوقف بهذا الطريق ، لأنها صارت حينئذ أرضاً غير موقوفة ، فيجوز أخذها بالشفعة ، مثل أى عقار آخر لم يسبق أن كان موقوفاً .

٣٢٦ — وهذا الشرط ، نعنى استمرار ملك الشفيع لما يشفع به من وقت العقد حتى يقضى له بالشفعة ، ليس بشىء عند الظاهرية . وهذا ابن حزم يقول : « ولو أن الشريك ، بعد بيع شريكه قبل أن يؤذنه ، باع أيضا حصته من ذلك الشريك البائع ، أو من المشترى منه ، أو من أجنبى ، علم بأن له الشفعة أو لم يعلم ، علم بالبيع أو لم يعلم ، فالشفعة له كما كانت ؛ لأنه حق قد أوجبه الله تعالى له ، فلا يسقطه عنه بيع ماله ولا غير ذلك أصلا »[٣] .

والأمر هنا يحتاج إلى وقفة قصيرة ، ونظرة أعمق من نظرة ابن حزم . إنه بتعليله ما ذهب إليه ، من أن ما أوجبه الله تعالى للعبد لا يسقط بأى شىء أصلا ، نراه منطقيا فى بادىء الرأى مع نفسه ، ويسوى بين العبادات والمعاملات فى أن ما وجب من كل من الطائفتين لا يسقط إلا بإسقاط الرب لا العبد ، ولكن هيهات أن يَسْلم له هذا التعميم ، أو تلك النظرة ! إن مبنى الأحكام الشرعية فى المعاملات مصلحة الإنسان ، فردا كان أو جماعة ، فما لم توجد هذه المصلحة لم يكن للحكم معنى . وفى الشفعة ، نراها شُرِعت لدفع الضرر عن صاحب الحق فيها ، ونحن

---

(١) يرى أبو حنيفة أن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه إلا إذا حكم به الحاكم أو علقه الواقف بموته . الهداية ، حـ ٣ : ١٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٤٦ — ١٤٧ .

(٣) المحلى ، حـ ٩ : ٩٥ .

لا نرى معنى لبقاء هذا الحق لمن باع ما يشفع به كما يقول ابن حزم ؛ لأنه لن يتأتى أن يضار بالمشترى بعد ذلك ، إذ لم يبق شريكا أو جارا له .

٤ — عدم رضا الشفيع بالبيع

٣٢٧ — وأخيراً ؛ نذكر أن من له الشفعة بأى سبب من الأسباب ، ورضى بالتصرف الذى كان من صاحب الملك ، وهو إخراجه العقارَ موضوع الشفعة عن ملكه إلى ملك غيره ، لم يكن له بعد ذلك طلب الأخذ بالشفعة . على أنه يشترط لسقوط هذا الحق من هذه الناحية ، ألا يكون فى الأمر تدليس أو خديعة بخصوص المشترى ، أو الثمن ، أو القدر المبيع نفسه ، فهاهنا إذاً حالات ثلاث[1] :

ا) إذا علم صاحب حق الشفعة أن المشترى هو فلان الذى يخشى الله و تطيب جيرته ، فسلم الشفعة راضيا به و بجواره ، ثم بان له أخير أن المشترى هو فلان الآخر الذى لا يؤمن شره و بوائقه ، كان له حق الشفعة ولا يضره تسليمه السابق الذى كان عن خداع أو تدليس .

ب) وكذلك له حق طلب الشفعة من جديد ، إذا قيل له إن الثمن هو كذا من المال فتركها ، ثم علم أنه أقل من ذلك إلى حد كان يقدم معه على طلب الشفعة لو علم حقيقة الأمر عند البيع ، لأن التسليم للثمن الذى يراه مرتفعا لا يدل على التسليم حين يجد الثمن مناسبا له . و يتصل بهذا ، ما إذا كان الاختلاف فى وصف الثمن لا فى قدره ، كما إذا كان الثمن مؤجلا على آجال يستطيع الوفاء بكل منها فى حينه وقد قيل له إنه حالّ يجب دفعه مرة واحدة حين العقد وسيأتى الكلام على ذلك .

حـ) وأخيرا ، إذا قيل لصاحب الشفعة : إن البيع فى نصف الدار أو الأرض فترك الشفعة ، ثم تبين له أن البيع فى الكل ، كان له الشفعة ؛ لأن الرغبة عن شراء

---

(١) انظر فى ذلك ، البدائع حـ ٥ : ١٩ — ٢٠ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٩ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٥ : ١٥٩ ؛ الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، حـ ٢ : ٢٥٥ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨١ . وراجع عند الأحناف أيضا ، المبسوط حـ ١٤ : ١٠٥ ، ١١١ .

البعض لا تفيد الرغبة عن شراء الكل، و بخاصة أن فى شراء البعض ضرر الاشتراك

ولو كان الأمر على العكس، لم يكن طلب الشفعة من جديد، لأن من رغب عن شراء الكل يرغب عن شراء البعض بالأولى خوف ضرر الشركة . على أن لنا أن نقول بأن له الشفعة أيضا، لأنه قد يعجز عن ثمن الدار كلها و يقدر على ثمن نصفها مثلا [1] ، كما أنه ربما لا يكون محتاجا لإصلاح داره أو أرضه إلا إلى هذا الجزء الذى وقع عليه البيع فيرغب فى أخذه بالشفعة .

حـ - إجراءات الشفعة

ولكى يتم للشفيع ما يريده من الأخذ بالشفعة، عليه أن يقوم بأعمال أو إجراءات خاصة تبدأ من وقت العلم بالبيع، حتى يتم له الحكم بها، وهى[2] :

٣٢٨ — يجب عليه أول الأمر أن يطلبها فور العلم بالبيع ؛ لأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف، لثبوته على خلاف القياس كما يقال، فيجب تقويته بالطلب الفَورى بقدر الوسع حسب المعتاد، لقول الرسول : « الشفعة لمن واثبها »، ولهذا يسمى هذا طلب المواثبة . ولا يجب أن يشهد الشفيع على هذا الطلب ، ولكنه أفضل، خوفَ إنكار الخصم متى وصل الأمر للقضاء .

وفى رواية عن الإمام محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة، أن هذا الطلب لا يجب أن يكون فَوْر العلم بالبيع ؛ لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروّى فى الأمر، فيجب أن يُمكّن من ذلك، وهذا يكون بجعل الخيار له طول مجلس

---

(١) انظر البدائع، حـ ٥ : ٢٠، حيث يقول الكاسانى إن ذلك رواية فى المذهب . والحنابلة مع هذه الرواية . أما المالكية فمع الرواية المشهورة عند الأحناف من أن الشفعة تسقط إذا أخبر الشفيع بأن شريكه باع الكل فسلم وترك الشفعة، ثم تبين له أنه لم يبع إلا النصف مثلا، فليس له طلبها بعد ذلك .

(٢) راجع فى ذلك، مختصر الطحاوى ص ١٢٠ — ١٢١ ؛ البدائع، ١٧ — ١٩ ؛ الزيلعى، ٢٤٢ — ٢٤٤ ؛ ابن عابدين، ١٤٧ — ١٤٨ ؛ نهاية المحتاج، ١٥٧ — ١٥٩ ؛ شرح الدردير وحاشية بلغة السالك عليه، ٢٥٦ ؛ ابن حزم، ٨٩ وما بعدها .

علمه بالبيع ، فلا تبطل شفعته إلا إذا قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بأمر آخر ، ويذكر الكرخي أن هذه أصح الروايتين[1] .

٣٢٩ — وقد أوسع القانون فى هذا كثيرا لصاحب الشفعة فأعطاه مهلة طويلة تبلغ أسبوعين ، فقد جاء فى المادة ٩٤٠ من القانون الجديد : « على من يرى الأخذ بالشفعة ، أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى ، خلال خمسة عشرَ يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه ، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » .

وهذا الحكم وإن كان معقولا ، وفيه سعة على المشترى ، لايتفق فى رأينا وروح التضييق التى كانت تسود أغلب أعضاء اللجنة التى قامت بوضع المشروع التمهيدى ومناقشته فيما بينها . على أن الإمام ابن حزم قد أوسع للشفيع أكثر جداً من القانون ، فعنده — كما تقدم — أن الشفعة تثبت حقاً له بإيجاب الله فلا تسقط بترك الطلب ولو ثمانين سنة أو أكثر ! أى لا يسقط حق الشفيع إلا بإسقاطه بنفسه له ؛ ولهذا يرى أن القول بأن الشفعة لمن واثبها ، لفظ فاسد لا يحلّ أن يضاف مثله إلى رسول الله[2] .

٣٣٠ — وبعد طلب المواثبة هذا ، الذى يقوى به حق الشفعة الضعيف بطبيعته ، يجب على الشفيع أن يتقدم بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول ، وهذا الطلب الثانى يسمى طلب التقرير . ذلك ، بأن طلب المواثبة قد يكون تعبيراً عن نزوة أو رغبة عارضة من الشفيع ، ثم يتبين له بعده أنه ليس من صالحه المضىّ فى الأخذ بالشفعة ، أو أنه ليس فى مقدوره ذلك لهذا السبب أو ذاك ، فلابد لهذا من تأكيد هذا الطلب وتقريره .

---

(١) البدائع ، ص ١٧ . على أن وجوب الطلب على الفور لا ينفى إباحة التأخير لعذر . وانظر المبسوط ، جـ ١٤ : ١١٦ — ١١٧ .

(٢) المحلى ، جـ ٩ : ٩١ . وعند الشافعية قول بمثل ذلك ، وأقوال أخرى بأن هذا الطلب يمتد إلى ثلاثة أيام أو تسعة ، أما أظهر الأقوال عندهم فهو وجوب طلبها على الفور ، نهاية المحتاج ، ص ١٥٧ — ١٥٨ .

وإذا كان الإشهاد على الطلب الأول ليس ضروريا ، بل يكفى أن يطالب الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى ، وإنما الإشهاد أفضل — كما قلنا — رغبة فى التوثّق وإثباته عند الخصومة والإنكار . نقول إذا كان الأمر هكذا بالنسبة لطلب المواثبة ، فإنه ليس كذلك بالنسبة لطلب التقرير . هذا الطلب يشترط فيه أن يكون على فور الطلب الأول متى قدر على ذلك فورا ، وأن يكون أمام شهود[1] .

وله أن يتقدم بهذا الطلب والإشهاد عليه عند البائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده ، أو عند المشترى ، سواء قبض المبيع أم لم يقبضه ، لأن كلا منهما خصم له ؛ البائع لأنه لا يزال الواضع اليد على المبيع ، والمشترى لأنه صار مالكا له وإن لم يتسلمه من البائع . وله أن يقوم بذلك أيضاً عند المبيع نفسه ؛ لأن الحق متعلق به فى الواقع ، ما دام هو موضوعَ النزاع . وله أن يقول فى هذا الطلب : قد كنت طلبت الشفعة ، وأنا الآن أطلبها أيضا ، أو نحو ذلك .

على أنه لو كان تقدم بطلب المواثبة أمام شهود ، وبمواجهة البائع — إذا كان المبيع لا يزال تحت يده — أو المشترى أو عند العقار ، كفى ذلك عن طلب التقرير ، لحصول المقصود وهو إظهار أنه مصرّ على طلبه حقّه فى الشفعة .

٣٣١ — وبعد طلب التقرير ، يبقى حق الشفعة للشفيع أبدا ، وإن تأخر كما شاء فى رفع الأمر للقضاء عند أبى حنيفة ، حتى يسقطه بنفسه . وهذا رأى فيه ضرر واضح بالمشترى ، إذ يبقى أمر ملكيته معلقاً غير مستقر على حال ، فلا يستطيع أن يتصرف فيما اشترى كما يريد من زراعة أو غرس أو بناء مثلا .

ولهذا ، رأى محمد وزفر أن حقه فى الشفعة يسقط ، إذا أخّر رفع الأمر للقضاء شهراً بغير عذر بعد طلب التقرير ، كما رأى أبو يوسف أنه يسقط إذا أخّر ذلك عن أول مجلس للقضاء . وفى رواية أخرى عنه أن تقدير الوقت الذى تسقط

(٢) هكذا ذكر صاحب البدائع ، ص ١١٨ ، على أنه نق فى آخرها وجوب اشتراط الإشهاد كسائر المراجع الأخرى .

بعده الشفعة إذا ترك طلب الخصومة ، بعدم القيام بطلب التقرير ، يترك الفصل فيه للقاضي[1]

٣٣٢ — ونحن نرى أن في الرأى الذى ذهب إليه محمد وزفر ، أو الذى ذهب إليه أبو يوسف ، رفقاً بالمشترى ودفعاً للضرر عنه ، فذلك هو الواجب اتباعه . فإن الشفعة شُرعت لدفع الضرر عن الشفيع صاحب الحق الضعيف كما يقولون ، فلا يصح منطقاً وشرعاً أن تكون سلاحاً يضارّ به المشترى بلا حق ، وبخاصة وأمر الخصومة بيد الشفيع ، فله أن يتقدم بها فى موعد مناسب إذا كان جادًّا فى طلب الشفعة[2] .

وكان من الضرورى أن يراعى التشريع المدنى هذه الحالة ويعالجها ، فجاء فى المادة ٩٤٣ منه أنه يجب على الشفيع إعلان دعوى الشفعة على البائع والمشترى فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة المبين بالمادة ٩٤٠ ، وإلاّ سقط الحق فيها ، وأنه يجب الحكم فى الدعوى على وجه السرعة . وفى ذلك مصلحة الشفيع والمشترى معاً ، وضمان يدفع الضرر عن المشترى بخاصة .

ز — المشفوع فيه فى يد المشترى

العقود والتصرفات :

٣٣٣ — متى تم البيع صار المبيع مِلكا تاما للمشترى ، فله أن يتصرف فيه كما يريد بالبيع أو الرهن أو الوقف أو الإجارة أو الانتفاع الشخصى وهكذا ، فذلك خاصَّةُ الملك التام كما عرفنا . إلا أن شيئاً من هذه التصرفات ، لا يمنع صاحب حق الشفعة من طلبها ، فما الحكم فيها إن قُضى له أخيراً بالشفعة ؟ .

وهذه التصرفات ، قد تكون ناقلة للملكية ، كالبيع والوقف والهبة وجعل العقار موضوع النزاع مهراً فى زواج ونحو ذلك كله ؛ وقد تكون مرتِّبة لحق لأجنبى

---

(١) راجع فى هذا وما قبله ، كتاب المبسوط للسرخسى ، حـ٤ : ١١٨ ؛ البدائع ، حـ٥ : ١٩

(٢) ومن العجب أن الطحاوى ، على جلالته فى الفقه ، يختار رأى أبى حنيفة : المختصر ص١٢١

على العقار ، كالرهن والإجارة والإعارة ؛ وقد تكون بشغل العقار بعمل المشترى نفسه ، بالزرع أو الغراس أو البناء . كما أنه يحدث أن يزيد العقار فى يد المشترى متى طال أمد التقاضى ، أو ينقص بفعل يأتيه عمداً كهدم بناء الدار مثلا ، أو بحادث يجىء قضاء وقدراً .

٣٣٤ — ويجب هنا من أول الأمر ، فيما يختص بتلك التصرفات وأمثالها ، أن نلاحظ أن هذا العقار قد تعلق به حق الشفيع من يوم أن طالب بالشفعة ، فلم يكن للمشترى أن يتعجل بالتصرف فيه ، وبخاصة ما كان من التصرفات ناقلا للملكية أو ما كان مثل الغراس والبناء الذى يشغل الأرض زمناً طويلا . وليس له أن يعتذر عن ذلك ، وقد أوجبت الشريعة على صاحب حق الشفعة أن يطلبها فوراً وبهذا يعلم المشترى أن حق الغير قد تعلق بما اشتراه .

ومن ذلك كله ، نستطيع أن نقرر قاعدة عامة ؛ وهى أن شيئاً من تلك التصرفات لا يمكن أن يمنع الشفيع من حقه ، فله إذاً نقضها كلها بلا استثناء ما كان ناقلا الملكية منها . وهذا الإجمال لا يغنى عن التفصيل ، فإن الأمر يختلف فى بعض التصرفات عن بعضها الآخر .

٣٣٥ — وأم هذه التصرفات هى بلا ريب ما كانت ناقلة للملكية كالبيع والهبة مع التسليم ، أو ما تُرتِّب حقا على العقار كالرهن . وفى ذلك نجد الاتفاق من الفقهاء على جواز نقض هذه الصرفات ، وللشفيع — فى حالة البيع — أن يأخذ العقار بالثمن الذى اشترى به الأول أو الثانى « لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة » وكذلك لو تصرف المشترى فى الدار تصرفا آخر بأن رهنها أو تزوج عليها ، فللشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى . وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شىء من الثمن ، إنما الثمن للمشترى الأول[1] » .

---

(١) المبسوط ، حـ ٤ : ١٠٨ ، ١٠٩ . وراجع فى البيع والوقف ونحوهما عند الشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٤ : ١٥٣ . وراجع عند الحنابلة ، كشاف القناع حـ ٢ : ٣٨٧ فيما يختص بالبيع والوصية . وراجع عند الظاهرية ، المحلى لابن حزم ، حـ ٩ : ٩٢ : ٩٣ ، فى كل التصرفات .

وكذلك الأمر ، إذا أخرج المشترى العقار المشفوع فيه بطريق آخر ، كأن جعله وقفا أو مسجدا أو مقبرة ، فإن للشفيع نقض هذا كله حتى لا يبطل حقه ، ولأن تصرف المشترى فيما يرجع إلى الإضرار بالشفيع يكون باطلا كله رعاية لحقه[1]

على أن التصرفات الناقلة للملكية بعامة ، لا تنقض إلا إذا حكم بالشفعة لمستحقها ، بمعنى أن رضاء المشترى بما طلبه الشفيع من الأخذ بالشفعة لا يكفى لإبطال تلك التصرفات ، بل لا بد من حكم القضاء بذلك لتعلق حق الغير الذى تصرف له المشترى فى العقار ، و بالقضاء يظهر أن حق الشفيع أقوى من حق هذا الغير .

نماء المشفوع فيه وزيادته

قد يمتد التقاضى بين الشفيع والمشترى زمنا طويلا قبل الحكم بالشفعة لصاحبها فيحدث أن ينمو العقار فى يد المشترى بالانتفاع به فتكون منه غلة تصل إلى يده وقد يحصل أن يزيد العقار نفسه ، فما الحكم فى كل من هذه الحالات ؟ .

٣٣٦ — إذا كانت الزيادة ثمرة من ثمرات العقار ، ووجدت فى يد المشترى قبل الحكم بالشفعة ، كانت له وحده لأنها نماء ملكه وثمرة مجهوده ونفقاته ، والغنم بالغرم . وذلك ، مثل أجرة العين موضوع النزاع ، أو أن تكون أرضا زراعية فزرعها المشترى واستحصد الزرع ، أو تكون جنة فأثمرت واستوى ثمرها . أما إذا بقى الزرع فى الأرض والثمر على الشجر حتى حكم للشفيع بالشفعة ، فإن هذا وذاك يكون له تبعا لأصله الذى صار إليه .

وكان القياس ألا يكون ذلك للشفيع لأنه نما على ملك المشترى و بعمله وتكلف فى هذا غير قليل من النفقات ، و بخاصة والثمر لا يدخل فى شراء الشجر بلا تسمية له عند العقد . ولكن الفقهاء رأوا هذا استحسانا ، لأن الثمر متصل خلقة بالشجر ،

---

(١) ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٣ ؛ المبسوط ، ص ١١٤ . وعند الحنابلة كل تصرف لاشفعة فيه إبتداء ، كالوقف والهبة وجعل العقار عوضاً فى خلع أو صلح ونحو ذلك ، يسقط الشفعة متى كان التصرف قبل طلبها . راجع كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٦ .

فكان تبعا له ، ولأن الشجر بثمره متولد من الأرض التى حكم بها للشفيع فيتبعها ما عليها [1] ولكن مع هذا ، كيف يضيع مجهود المشترى ونفقاته ، وهو لم يكن متعديا كالغاصب مثلا !

٣٣٧ — وقد اعتاد الفقهاء هنا التفرقة بين الزيادة التى لها نهاية معلومة ، وتقبل الانفصال بلا ضرر بالعقار ؛ و بين الأخرى التى ليس لها نهاية معلومة ، وقد يكون من فصلها عن العقار ضرر به . والأولى كالزرع ، والأخرى كالغراس والبناء ، ولكل منهما حكمها الخاص .

ففى الحالة الأولى ، يقضى القياس بقلع الزرع وتسليم الأرض فارغة للشفيع لأن هذا حقه ، وكان على المشترى أن يتريث ما دام قد رأى أن حقاً قوياً للغير — وهو الشفيع — قد تعلق بالأرض ، ولكن الاستحسان هو بقاء الأرض بيد المشترى حتى يحصد زرعه ، على أن يدفع أجرها عن المدة التى بين القضاء بالشفعة والحصاد [2] . والبقاء بأجر فى هذه الحالة ، هو رأى الأحناف ، وعند الشافعية والحنابلة تبقى بلا أجر .

٣٣٨ — أما فى الحالة الثانية ، حالة الغراس والبناء ، يكون للشفيع أن يطلب من المشترى تخلية الأرض مما أحدث فيها و يشغلها وقتاً لا ندرى نهايته ، أو أن يتملك الأرض بما عليها و يدفع قيمته على أنه أخشاب وأنقاض ، لا أشجار قائمة و بناء و إن كان قلع الأشجار وهدم البناء يضر بالأرض ، كان للشفيع أن يجبر المشترى على إبقائها بقيمتها أنقاضاً أيضاً ، أى ليس له القلع والهدم وترك الأرض خالية وقد لحقها الضرر [4] .

لكن الحنابلة كانوا أدنى إلى العدل وأرفق بالمشترى ، حين أوجبوا أن يتملك

---

(١) الهداية ، حـ ٤ : ٢٦ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥١ .

(٢) المبسوط ، حـ ١٤ : ١١٥ ؛ الدر المختار ، حـ ٥ : ١٥٣ . وانظر حاشية ابن عابدين عليه ، حيث ذكر قولا ببقاء الأرض بلا أجر حتى الحصاد .

(٣) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٤ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٩ .

(٤) مختصر الطحاوى ، ص ١٢٣ — ١٢٤ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٩ ؛ المحلى لابن حزم ، حـ ٩ : ٩٢ .

الشفيع الأرض بما عليها من غراس و بناء بقيمته باقياً ، و إلا فللمشترى قلع الشجر ، وهدم البناء و إن كان ذلك يضر بالأرض[١] .

٢٣٩ — وقد روى عن أبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة ، أنه ليس للشفيع إكراه المشتري على إزالة البناء والأشجار ، وليس له أيضاً تملك ذلك بقيمتها أنقاضاً ولكن عليه دفع القيمة على أنها بناء وأشجار باقية . وهذا هو ما ذكرناه عن الحنابلة و إليه ذهب مالك والشافعى أيضاً[٢] .

ذلك ، بأن المشترى لم يتعد حين بنى أو غرس فى ملكه ، على أنه كان ينبغى أن يتريث حتى يفصل فى النزاع ، وهذا هو علة الرأى الأول الذى لم يرضه أبو يوسف فيما روى عنه . ولا يقال بأنه بناء على هذاالرأى قد يضر الشفيع بالتزامه دفع ما لا يريد من شجر و بناء ، لأن هذا أخف من الضرر الذى يحيق بالمشترى إن أكره على قلع ما غرس و بنى ، أو أخذ القيمة على أنه أنقاض ، والضرر الأعلى يزال شرعاً بالضرر الأدنى .

٣٤٠ — هذا ، وقد راعى التشريع المدنى الظروف والملابسات التى حصل فيها البناء والغراس ، فنرى المادة ٩٤٦ من القانون الجديد تقول :

ا) إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع ، أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

ب) وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يُلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس .

ومعنى ذلك أن المشرع المصرى الحديث توسط فى الأمر ؛ فكان مع أبى حنيفة

(١) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٩ .

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩ ؛ شرح الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥٠ ؛ وراجع المبسوط ، حـ ١٤ : ١١٤

ومحمد إذا بنى المشترى أو غرس بعد مطالبة الشفيع بالشفعة ، ومع أبى يوسف إذا كان هذا بعد المطالبة ، وهى توسط معقول مقبول . لأن المشترى يكون متعدياً فى الحالة الأولى ، فيتحمل ضرر عمله ؛ ولم يكن كذلك فى الحالة الأخرى ، فليس من العدل الإضرار به .

٣٤١ — بقيت حالة أخرى ، وهى أن يزيد العقار زيادة متصلة به يتعذر فصلها منه أو يكاد ؛ مثل شق جداول أو مصارف فى الأراضى الزراعية أو إصلاحها بإذهاب أملاحها . ونقل التراب الصالح للزراعة إليها ، أو إحداث دورة مياه فى الدار ، أو تَبْيِيض الدار ونقشها وزخرفتها . ففى هذه الحالة ، على الشفيع أخذُ العقار بثمنه مضافاً إليه ما زادته هذه الزيادات فى قيمته .

وكذلك الحكم إذا أعد المشترى الدار بما يلزمها من أبواب ونوافذ ونحوها من أدوات النجارة ، أو قام بوضع ما كانت فى حاجة إليه من بلاط وأغلاق ومفاتيح ، فإن على الشفيع أن يدفع مع الثمن ما زادته الدار من القيمة بسبب ما أحدثه فيها ، بناء على القول الذى رُوى عن أبى يوسف .

نقص المشفوع فيه :

هذا النقص قد يكون بزوال بعض ما على الأرض من زرع أو ثمر أو شجر أو بناء ، أو بهلاك بعض ما كان بالعقار من أدوات للزراعة أو الصناعة أو التجارة ، أو بزوال بعض الأرض نفسها . وعلى كل فقد يكون ذلك قضاء وقدرا ، أو بفعل فاعل : المشترى أو أجنبى آخر .

٣٤٢ — فإذا اشترى أرضاً هى بستان فاكهة بثمرها الموجود عند البيع فجذّه أو بعضه ، ثم حكم بالشفعة للشفيع ، سقط حصة هذه الثمار من الثمن ؛ لأنها مقصودة بالبيع ، وقد أخذها المشترى . وسواء فى هذا ، أكان الهلاك بفعل المشترى كما ذكرنا ،

أم بآفة سماوية ، لأنها كانت بعض المعقود عليه والمقصود بالشراء لتسميتها فى العقد نفسه[١] .

وكذلك الأمر فيما يختص بآلات الزراعة والصناعة وأدوات التجارة ، إن أخذها المشترى أو ضاعت أو هلكت بلا صُنعة ، فيجب نقص قيمتها وقت العقد من الثمن الذى على الشفيع دفعه للمشترى ، لأنها قد تكون هى المقصودةَ أولا بالشراء .

٣٤٣ — وإن لم يكن الذى ضاع على الشفيع أو هلك هو الثمر ، بل الشجر نفسه أو البناء الذى كان على الأرض ، وكان ذلك بلا تعدّ من أحد ؛ كانهدام البناء من نفسه أو بسبب رجّة أرضية ، وجفاف الشجر لآفة طبيعية ، أو اقتلاعه بسبب ريح عاتية ، إذا كان الأمر كذلك ، كان على الشفيع دفع الثمن كله فلا يسقط شىء منه لما ضاع أو هلك ؛ لأن ما ذكر كان تابعاً للأرض حتى يدخل فى عقد البيع بلا ذكره[٢] ~~ولأن هذا النقص ليس بجناية أحد~~ . ولكن يأخذ المشترى ما قد يبقى من أنقاض البناء والشجر بقيمتها يوم الحكم بالشفعة ، لأنه يصير حابساً لها عن الشفيع من ذلك الحين .

ولو كان ذلك بصنع المشترى أو غيره ، كان على الشفيع دفع الثمن ناقصاً قيمة ما زال ، أى يُقوَّم العقار مع الشجر أو البناء يوم البيع ، ثم بدونها والفرق يُخصم من الثمن . ومن الطبيعى أن المعتدى إذا كان أجنبيا ، كان للمشترى تضمينه قيمة ما أتلف يوم إتلافه ، فتكون عوضا عما يفوت عليه من الثمن[٣] .

٣٤٤ — أما إذا كان النقص فى العقار نفسه ، لا فيما عليه من شجر أو بناء أو غير ذلك ، كما إذا طغى السيل على الأرض فأزال بعضها ، كان للشفيع « أن

---

(١) شرح الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥١ — ٢٥٢ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٤ .

(٢) هكذا يعلل الفقهاء ، وهو تعليل غير واضح ولا مقبول ، انظر الزيلعى حـ ٥ : ٢٥١ ؛ المبسوط ، حـ ١٤ : ١١١ — ١١٢ . وقد ذكر صاحب المبسوط هنا قولا للشافعى فى أخذ الأرض بحصتها وحدها من الثمن .

(٣) راجع فى هذا وما قبله ، المرجعين السابقين فى المواضع نفسها ، وابن عابدين حـ ٥ : ١٥٣ — ١٥٤

يأخذ الباقى بحصته من الثمن إن شاء ؛ لأن حقه ثابت فى الكل ، وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن[1] » .

ولكن ، أليس لنا أن نقول بأنه متى حكم للشفيع بأخذ العقار بالشفعة ، كان ذلك دليلا على استحقاقه لملكيته من وقت بيعه للمشترى ، فلمَ لا يكون هلاك ما هلك من العقار على حساب الشفيع نفسه ، بمعنى أنه إن أراد الأخذَ بالشفعة يجب عليه دفع الثمن كله ؟ على أنه قد يقال بأن المشترى ، حين لم يرض بما طلب الشفيع من الأخذ بالشفعة واضطره للتقاضى الذى يطول أمده عادة ، صار شبيها بالمتعدى فى حبسه العين ، فيكون ما يهلك منها على حسابه .

ع ـ ما تسقط الشفعة به

٣٤٥ — يحسن ، من أول الأمر ، أن نضع بين أيدينا هذه الحقائق :

ا) الشفعة حق ضعيف يجب أن يقوى ويتأكد بالطلب .

ب) وقد شُرِعت لدفع الضرر عن صاحبها من شريك أو جار .

حـ) أنها لا يصح أن تكون سبباً لضرر المشترى بتفريق الصفقة عليه إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط .

ومن هذه الحقائق التى سبق الكلام عليها ، نستطيع أن نعرف بسهولة ويسر الأسبابَ التى بواحد منها تسقط الشفعة ، وهذه الأسباب قد سبق الكلام عن أكثرها تفصيلا ، عند بحث شروط الشفعة ، ولذلك نكتفى هنا بالإجمال فى حصرها فى مبحث خاص كما يفعل الفقهاء جميعا .

بعد ذلك ، نقول إن حق الأخذ بالشفعة يسقط بواحد من هذه الأسباب الآتية ، على أن فى بعضها خلافاً بين الفقهاء ، وهى :

٣٤٦ — ا) تسليم الشفعة أو الرغبة عنها ، ويكون ذلك صراحة بقوله :

---

(١) المبسوط ، حـ ١٤ : ١١٥ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥١ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ١٥٣ .

لا أرغب فيها أو لا أريدها ، أو نحو هذا مما فيه تصريح بتركها . على أن يكون ذلك بعد البيع لأنه لا حقَّ له قبل البيع فيسقطه ، وقبل الحكم بها ، لأنه حينئذ تثبت ملكيته للعقار المبيع فلا يملك إسقاطها إلا بعقد من العقود الناقلة للملكية[1] .
كما قد يكون بطريق الدلالة ، كأن يترك طلبها والإشهاد عليها في الحين المقرر ، دون عذر ، أو يذهب للمشترى فيساومه على بيع ما اشتراه أو تأجيره له ، ومثل هذا أن يكون وكيلا في عملية البيع نفسها .

وهنا تثار مسألة تسليم الأب أو الوصى شفعة الصبي ، فأجازها الشيخان ، وذهبا إلى أنه ليس للصبي بعد البلوغ أن يطالب بحقه فيها ؛ لأن لكل منهما الشراء للصبي فيجوز منهما ترك الشراء رعاية لمصلحته أيضا . وفى رأى محمد وزُفَر أن هذا لا يجوز منهما ، لأنهما يقومان مقام الصغير فى استيفاء حقوقه ، والإسقاط ضد الاستيفاء . ونحن نرى رجحان رأى الشيخين ، لأنه قد يكون مصلحة الصبي حقا فى ترك الشفعة[2] .

٣٤٧ — والمالكية يفصّلون فى الأمر ؛ فيقولون إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر صح إسقاطها من الأب أو الوصى ، وإلا فلا يصح وللقاصر حينئذ طلبها متى بلغ[3] . وهذا تفصيل مقبول بلا ريب ، ولكنا نرى أنه من الضرر بالمشترى — إن لم نقل ومن العبث أيضا — جعل الحق للقاصر متى صار رشيدا فى طلب الشفعة إن كانت خيراً له ، بعد مايكون قد مرّ بالعقار من تصرفات المشترى وغيره .

والحنابلة يقربون فى مذهبهم مما رآه محمد وزفر والمالكية أيضا . فهم يذهبون

---

(١) فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى الجديد أنه يجوز للشفيع النزول عن حقه فى الشفعة ولو قبل البيع .

(٢) راجع فى هذا وما قبله ، المبسوط حـ ١٤ : ١٥٤ — ١٥٥ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ١٩ ، ٢١ ؛ الهداية ، حـ ٤ : ٢٩ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٥٧ . وانظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٨ ؛ وعند الحنابلة كشاف القناع ، حـ ٢ — ٣٨ — ٣٨١ ؛ وعند المالكية ، الشرح الصغير للدردير ، حـ ٢ : ٢٥٤ .

(٣) راجع الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، حـ ٢ : ٢٥٥ .

أولا إلى أنه ليس للوصى أو الولى إسقاط شفعة من تحت ولايته ، ولو فعل هذا كان لا اعتبار له ، وللقاصر أو المحجور عليه متى بلغ وعقل وصار رشيدا الحق فى المطالبة بالأخذ بالشفعة ولو لم يكن له خير فيها . ثم هناك قول آخر بأنه لا يُعطى هذا الحق إلا إذا كان الأخذ بالشفعة لصالحه ، وعلى هذا القول أكثر فقهائهم[1] .

٣٤٨ — ب) ضمان الشفيع الدَّرَك للبائع ، أى ضمانه الثمن له عند المشترى ، لأن هذا دلالة على الرضا بالبيع لهذا المشترى الأجنبى وترك الشفعة ، أو إذا كان البائع شرط الخيار فى إمضاء البيع أو عدم إمضائه للشفيع نفسه[2] .

وهنا نجد الحنابلة لا يرون شيئاً من هذين مسقطاً للشفعة ، لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها وهذا مالم يوجد ، كما لايمنع من المطالبة بها أيضاً أن يكون الشفيع وكيلا عن أحد المتبايعين[3] . ونعتقد أن الحق مع الأحناف ، لأن كلا من هذه الأمور دليل الرضا بالبيع الأجنبى وترك حق الأخذ بالشفعة .

٣٤٩ — حـ) وفاة الشفيع ، لأن حق الشفعة لا يورث عند الأحناف ، وعند غيرهم من الفقهاء للورثة حق الأخذ بالشفعة متى كان المورث طلبها فى حياته ، وقد تقدم بحث ذلك عند الكلام على شروط الشفعة .

٣٥٠ — د) انتفاء الضرر عن الشفيع ببيعه ما يشفع به من عقار قبل الحكم له بالشفعة ، لأنه لن يكون حينئذ شريكا ولا جارا ، فمن أين يجيئه الضرر بشراء المشترى الأجنبى ، وقد سبق بحث ذلك أيضاً فى الموضع المذكور آنفا ، وفيه أنه لم يخالف فى هذا عبثاً إلا ابن حزم[4] ، فلا قيمة لخلافه .

---

(١) كشاف القناع ، حـ٢ : ٣٨٢ .

(٢) الهداية ، حـ٤ : ٣٠ ، والزيلعى ، حـ٥ : ٢٥٨ .

(٣) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٨٢

(٤) المحلى حـ٩ : ٩٥

أحكام عامة

رأينا أن نبحث تحت هذا العنوان عدة مسائل نراها مبثوثة فى تضاعيف فصول باب الشفعة ، وهى :

٣٥١ — ١) قد يحطّ البائع بعض الثمن عن المشترى ، أى ينزل عنه أو يهبه له أو يبرئه منه ، فهل يفيد الشفيع إذا قُضِى له بالشفعة من ذلك ؟ نعم ، لأن الشفعة هى — كما قلنا — تملّك الشفيع العقار جبرا عن المشترى بما قام عليه من ثمن وتكاليف . وعلى هذا ، إذا كان الثمن ١٠٠٠ جنيه مثلا ، ثم نزل البائع عن ١٠٠ منه ، لم يكن على الشفيع أن يدفع إلا الباقى وهو ٩٠٠ جنيه . وذلك لأن هذا الحطّ يلتحق بأصل العقد ، فكأنه كان على ٩٠٠ فقط ، أما لو زاد المشترى فى الثمن ، فإن الشفيع لاتلزمه هذه الزيادة لأنه يأخذ العقار بما وجب بالعقد ، فتعتبر هبة مبتدأة من المشترى للبائع ، ولعلها تكون حيلة لطرد الشفيع ، فلا يُلزم بها[1] .

والأمر هكذا عند الشافعية ، إلا أنهم يشترطون لإفادة الشفيع مِن حَطٍّ بعض الثمن أن يكون ذلك قبل لزوم البيع ، أما بعد لزومه بانتهاء مدة الخيار — إن كان فيه خيار — فلا يفيد الشفيع منه[2] ، على حين أنه يستفيد منه عند الأحناف ولو كان حصل بعد القضاء بالشفعة ودفعه الثمن فعلا فيكون له الرجوع على المشترى بالزيادة التى أخذها بلا حق ما دام البائع قد أعفاه منها .

والحنابلة يرون انتفاع الشفيع بترك البائع بعضَ الثمن للمشترى ، كما أنه تلزمه الزيادة التى يزيدها المشترى ، على أن يكون هذا وذاك فى مدة الخيار ، أى قبل لزوم عقد البيع ، كما يرى الشافعية . أما مازيد بعد ذلك أو نقص من الثمن فلا أثر له فى حق الشفيع ؛ لأن النقصان إبراء من البائع ، والزيادة هبة من المشترى ،

---

(١) المبسوط ، حـ ١٤ : ١٠٧ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ٢٤٨ — ٢٤٩ .

(٢) راجع نهاية المحتاج حـ ٤ : ١٤٩ ؛ الوجيز ، حـ ١ : ٢١٧ — ٢١٨ .

ولا يثبت شيء من ذلك فى حق الشفيع ما داما قد حصلا بعد لزوم العقد واستقراره[١] .

٣٥٢ — ب) وإن كان البيع انعقد على تأجيل الثمن كله أو بعضه ، ليس للشفيع إذا تمت له الشفعة أن يستفيد من هذا الأجل الممنوح للمشترى عند أئمة الأحناف الثلاثة : أبى حنيفة وصاحبيه ، وكذلك عند الشافعية ؛ ومبنى ذلك على أن الشفعة ليست تحويلَ الصفقة للشفيع من المشترى ، بل نقضَ العقد الذى تمّ بينه وبين البائع ، ثم انعقاد بيع آخر للشفيع . ثم الناس يختلفون فى اليسار والإعسار ، والحرص على الوفاء بالعهود والالتزامات . وحينئذ ، يكون للشفيع أن يدفع الثمن حالا ويأخذ المبيع ، أو ينتظر حلول الأجل . وإن آثر هذا ، كان عليه أيضاً طلب الشفعة فى حينها ، وإلا سقط حقه فيها ، لأن العقد هو شرط ثبوتها وقد وجد[٢] .

وعند الإمام زُفَر من الأحناف أيضا ، للشفيع أخذ المبيع متى حكم له بالشفعة ، ثم يدفع الثمن حالاّ إن أراد أو عند حلول أجله . وعند المالكية والحنابلة ، للشفيع تأجيل الثمن أو دفعه منجّما (مُقسّطا) حسب الذى وقع عليه العقد ، بشرط أن يكون موسرا أو يجيء بضامن له ، وإلا وجب أن يدفع الثمن حالاّ ، رعاية للمشترى[٣] .

ومن الخير فى رأينا اتباع الرأى الذى ذهب إليه المالكية والحنابلة ، ضماناً لمصلحة المشترى . وقد لاحظ المشرع المدنى شيئاً من ذلك ؛ فإنه وإن جاء بالفقرة الأولى من المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد أن الشفيع يحل قِبَل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ، فقد عنيت الفقرة الثانية بالنص على أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن ، إلا برضا البائع .

---

(١) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٩١ .

(٢) المبسوط ، حـ ١٤ : ١٠٣ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٤ و ٢٧ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٥٠

(٣) شرح الدردير وبلغة السالك عليه ، حـ ٢ : ٢٥٢ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣٩١ — ٣٩٢ . وفى رأى زفر ، راجع المراجع السابقة للأحناف ، وراجع عند ابن حزم ، المحلى حـ ٩ : ٩٥ .

٣٥٣ — ﺣ) هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع الثمن؟ يرى الشيخان أن هذا ليس بلازم ، لأن حقه ثبت بمجرد البيع للأجنبي دفعاً للضرر عنه ، فصار كما لو كان الشراء صدر له من البائع من أول الأمر ؛ وهنا يتم له الملك بصدور الإيجاب والقبول ، أعنى بوجود العقد ، فكذلك لو كان له هذا الحق باعتباره شفيعا .

وعند الإمام محمد ، لابد للقضاء بالشفعة أن يحضر الشفيع ثمن ما يريد تملكه بها ، دفعاً للضرر عن المشترى الذى التزم بالشراء من البائع دفع الثمن له ، وقد يكون دفعه فعلا قبل الحكم بالشفعة . على أن مايخشاه الإمام محمد من ضرر ينزل بالمشترى ، يمكن دفعه — كما يقول الشيخان — بأنّ له حبسَ العين فى يده حتى يدفع الشفيع الثمن (١) .

ومن ذلك ، نرى أنه لا ضرورة لما قدرته الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد ، من أن على الشفيع أن يُودع بالمحكمة كل الثمن الذى حصل به البيع ، ويكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، وإلا سقط حقه فى الأخذ بها . وهذا فى رأينا تضييق على الشفيع ، واحتياط للمشترى لا ضرورة له ؛ لأنه يكفى فى معرفة أن صاحب الحق فى الشفعة جادٌّ فى طلبها أن يرفع الدعوى ويسير فى التقاضى ، وهذا ما يكلفه نفقات وجَهْداً غير يسير ، كما أنه يكفى فى الاحتياط للمشترى أن له حبسَ المبيع تحت يده حتى يستوفَى الثمن كاملا .

٣٥٤ — د) الشفعة لا تكون إلا فى العقار باتفاق الفقهاء جميعاً ما عدا ابن حزم ، كما ذكرنا من قبل ، فالقياس ألا يتملك الشفيع إذا حكم له بها إلا العقار . ولكن من المنقول ما هو متصل بالأرض اتصال قرار إلى حد كبير كالبناء ، ومنه ما هو كذلك إلى حين كالغراس والزرع . فكان من الاستحسان أن يملك الشفيع هذه الأشياء كلها ، تبعاً لحقه فى تملك العقار ، مادامت قائمة عليه ومتصلةً به ، على

---

(١) راجع فى هذا وما قبله ، المبسوط ، ﺣ ١٤ ، ١١٩ ؛ البدائع ، ﺣ ٥ : ٢٤ — ٢٥ ؛ الزيلعى ، ﺣ ٥ : ٢٤٥ .

أن يكون هذا الاتصال قائمًا وقت التملّك بالشفعة[1] . وبخاصة ، وقد يراد العقار لا لذاته فقط ، بل لما يكون عليه أيضا .

٣٥٥ — هـ) إذا كان هناك شفيعان من مرتبة واحدة أى شريكان أو جاران ، وأسقط أحدهما حقه فى الشفعة قبل القضاء بها ، كان للآخر أن يأخذ العقار كله[2] ، لأن قسمته بينهما كان لتزاحمها وقد زال . أما الإسقاط بعد القضاء فلا معنى له ، لأنه به صار مالكا لنصيبه فله أن يبيعه لمن شاء سواء كان لمزاحمه أم غيره .

فإن كانوا متعددين ، وأسقط أحدهما حقه فى الشفعة لواحد معين من الآخرين ، لم يصح هذا الإسقاط له ، بل يُقضى بالعقار كله للباقين إن كانوا من مرتبة واحدة ، أو لمن له الحق فيها وحده إن كان من مرتبة أعلى وأولى ، كالشريك بالنسبة للجار[3] .

٣٥٦ — و) عرفنا أن الشفيع لا يجاب لطلبه إذا أراد أخذ بعض العقار وترك البعض ، حتى لا تتجزأ الصفقة على المشترى . ولكن ، لو طلب هذا فعلا ، أو لو سلّم الشفعة — أى نزل عنها — فى نصف الدار أو الأرض ، أيعتبر ذلك منه نزولا عن الشفعة كلها و إسقاطا لها ، أم يكون له بعد ذلك طلب الكل ؟

إنه بتسليمه الشفعة فى النصف مثلا ، سقط حقه فى الشفعة فى الجميع ؛ لأنه بنزوله عن حقه فى النصف تبطل شفعته فيه ، ثم تبطل فى النصف الآخر ، لأنه ليس له أن يضر المشترى بتفريق الصفقة عليه . وكذلك الأمر فى طلبه النصف فقط

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الزيلعى ؛ حـ ٥ : ٢٥٢ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٤٣ — ١٤٤ .

(٢) وليس له أن يأخذ نصيبه فقط ، حتى لا تتفرق الصفقة على المشترى : وراجع نهاية المحتاج ، جـ ٤ : ١٥٦ .

(٣) راجع فى الحكم فى الحالتين ، البدائع جـ ٥ : ٥ — ٦ ، ابن عابدين جـ ٥ : ١٤٥ — ١٤٦ .

عند الإمام محمد لما ذكرنا ، وعند أبي يوسف لا تبطل فله أخذ الكل بالشفعة أو ترك الكل ، لأن حقه ثابت فى الجميع فلا يسقط إلا بالإسقاط ولم يوجد منه[١] .
ولكن ، أليس هذا إسقاطاً لحقه دلالة ، فيكون كالإسقاط الصريح الذى وجد فى حالة تسليم الشفعة فى البعض ؟ وبخاصة أن الشفعة حق ضعيف ، فيستوى فيه الإسقاط صراحة أو دلالة .

٣٥٧ — ز) ونختم هذه الأحكام العامة ببيان حالة أخيرة ، وهى هل للشفيع أن يصالح المشترى عن حقه فى الشفعة أو يبيعه هذا الحق ؟ وما أثر ذلك لو حاوله الشفيع ، وكان هذا أو ذاك بعد البيع ، لأنه قبل البيع لا يثبت حق الشفعة فلا يحتمل الإسقاط ولو كان ذلك صراحة .

الشفعة شرعت على خلاف القياس كما يقولون ، لأنها تحدّ من حرية البائع والمشترى ، دفعاً للضرر عن الشريك أو الجار . فإذا رأى صاحب الحق فيها أنه لاضرر عليه من هذا المشترى الأجنبى ، ولكنه أراد أن يفيد من هذا الحق فصالح عنه أو باعه من المشترى كان عمله باطلا ومسقطاً لحقه فى الشفعة ، وعليه ردُّ ما أخذه عوضا عنه من المشترى ؛ وذلك لأن حق الشفعة ليس بمال حتى يجوز الاعتياض عنه ، ولأنه بمحاولته تلك دلّ على رغبته عن استعمال هذا الحق فتسقط شفعته[٢] .

---

(١) البدائع ، جـ ٥ : ٢١ — ٢٢ ؛ كشاف القناع ، جـ ٢ : ٣٨٣ ، وفيه أن الشفعة تسقط فى الحالتين كما هو رأى الإمام محمد بن الحسن .
(٢) الهداية ، جـ ٤ : ٢٩ ؛ الزيلعى ، جـ ٥ : ٢٥٧ .

القسم الثالث

نظرية العقد

نظرية العقد

تمهيد

إهمال الفقهاء لنظرية العقد :

٣٥٨ — للفقه الإسلامى أصولُه التى عرفناها ، كما له نظرياتُه وقواعدُه الكليةُ العامةُ التى قام عليها ، والتى عُنى بها بخاصة مَن ألفوا فى « الأشباه والنظائر » . ولكن ، إن كان هذا صحيحاً من ناحية ، فإنه صحيح أيضاً من ناحية أخرى ، هى أن هذا الفقه نشأ فى كل أدواره عن القضايا والحوادث والواقعات التى كانت السببَ الأول لنزول آيات الأحكام ، وما أُثِر عن الرسول من السنة على اختلاف ضروبها لبيان الأحكام التشريعية العملية لتلك الحوادث .

وكذلك أيضاً ، كانت هذه الحوادث والواقعات أهمَّ العوامل للثروة الفقهية التى وصلت إلينا ، هذه الثروة التى كانت نتيجةَ اجتهاد الفقهاء ، حتى إن الفقه الفَرْضى أو التقديرى الذى نُرى الكثير من مُثُله فى كتب الأحناف بخاصة ، قام بناؤه على فرض أو تقدير حوادث وقضايا تتطلب تشريعاتٍ وأحكاماً لها .

٣٥٩ — من أجل هذا الطابَع ، الذى نراه بوجه عام استقرائياً وتحليلياً أكثر منه تركيبياً ، لم نر أحداً من الفقهاء قد توجّه لكتابة نظرية عامة عن العقد تتناول ما هو مشترك وعام فى العقود كلها من النواحى المختلفة ، بل كان الواحد منهم يبدأ الحديث فى كل عَقد من العقود بتمهيد وجيز يتناول شرعيته ، ودليل هذه الشرعية من الكتاب أو السنة أو الإجماع ونحوها من أصول الفقه ، ثم يأخذ فى الكلام على العقد نفسه .

وكان من قَدَر الله أن صار الفقه الإسلامى يدرس على نطاق واسع فى كلية الحقوق بالجامعة ، فاتصل رجاله برجال القانون ، وأفاد كلا الفريقين من الآخر ،

وكانت نتيجة ذلك تأثراً وتأثيراً متبادلَين بين القانون والفقه ، وظهر هذا بصفة خاصة فى طريقة عرض المسائل ومعالجتها .

التصرف والعقد :

٣٦٠ — و بعد ! إن تصرفات الإنسان متعددة مختلفة إلى أكبر الحدود ، و بعضها يتباين مع البعض الآخر فى سببه وآثاره ، بالنسبة لصاحب التصرف ولغيره أيضاً . من هذه التصرفات ، ما هو نزول عن بعض ما يملك من حقوق ، مثل حق الشفعة ، أو رد المبيع المَعِيب بعيب يُجيز له ردَّه وفسخَ البيع . ومنها ما هو تمليك الغير بعض ما يملك المُتصرف من مال أو منفعة ، كما فى حالات الهبة والصدقة والعارية . ومنها ، ما هو إنشاء التزام أو تعديله أو إنهاؤه ؛ كالوقف والوعد بمكافأة لنبغة الطلبة مثلا ، وتأجيل الدين الذى له عند آخر ، أو إبرائه منه . ومنها ، ما هو إنشاء التزام يشمله وآخرَ معه ، كالبيع والإجارة ونحوهما مما يحتاج لتراضى الطرفين واتفاقهما عليه . ومنها ، غير ذلك كلِّه مما لا يكاد يقع تحت حصر ، ومما يقع تحت بصرنا وسمعنا كل يوم وفى كل حال .

فأىُّ هذه التصرفات يعتبر عقداً من العقود ؟ وما هو منها ليس عقداً بل مجرد تصرف من التصرفات التى ليست من العقود فى شىء ؟ لبيان هذا الضرب من ذاك يجب أن نعرف معنى العقد فى اللغة أوّلاً ، ثم فى الفقه والقانون ثانياً . ومتى تمّ لنا تعرّفُ العقد ، كان علينا أن نعرف أركانه وشروطه ، لنستطيع أن نقرر بعد ذلك بأن التصرف الذى توافرت فيه هذه الأركانُ والشروط هو الذى يعتبر عقـداً صحيحاً بحق .

تعريف العقد

٣٦١ — فى المختار : عَقَدَ الحبلَ والبيع والعهد فانعقد ، و بابه ضرب . والعقدة بالضم موضع العَقد ، وهو ما عُقد عليه . ونقول : ومنه قوله تعالى « ولا تَعْزِمُوا

عُقْدَةَ النكاحِ حتى يَبْلُغَ الكتابُ أَجَلَه »[1] ، أى لا تحققوا الزواج من امرأة مطلّقة حتى تنتهىَ عِدَّتها . وفى القاموس : عقد الحبلَ والبيعَ والعهدَ يعقده شدَّه ، والعقد الضمان والعهد .

ونقول عادة : اعْقد هذا الحبل بذاك الآخر ، أى اربط بينهما . كما يقال عادةً أيضاً ، إن فلانا عقد صلة طيبة بفلان ، أو بهذه الجماعة أو تلك ، ويراد أنه قوّى ووثّق ما بينهما من روابط وعلاقات . إذاً ، المعنى اللغوى للكلمة « عقد » ، لايخرج عن الجمع أو الربط بين شيئين أو أشياء ، وعن التقوية والتوثيق .

٣٦٢ — وهذا المعنى اللغوى نجده فى المعنى الذى أعطاه رجال الفقه والقانون لكلمة « عقد » ، لأن هذا المعنى الشرعىّ أو القانونى صورةٌ من الصور التى يتحقق فيها المعنى اللغوى ، ومن المعروف وجود رابطة دائماً بين المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى .

ذلك بأن من الفقهاء مَن يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقداً ؛ سواء أكان هذا مما يكفى لصدوره إرادةُ المرء — الذى كان منه العزم — وحدها فى إنشائه ، أم كان لابد من إرادة طرف آخر تلتقى وتتوافق مع إرادته فى إنشائه . الأول ، مثل وقفه أرضَه على من يريد ، أو هبته سيارتَه للهلال الأحمر ، أو نزوله عن بعض ما يملك فى سبيل الدين والوطن . والثانى ، مثل بيع داره أو تأجيرها لآخر ، أو توكيله محامياً أو أى شخص آخر فى القيام بعمل من الأعمال .

هؤلاء الفقهاء ، يَرَوْن أن كل هذه المتصرفات ونحوها عقود ؛ لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها بل إن عزم المرء على فعل كذا ، تقوية لإرادته التى ربما كانت مترددة فتقدم على فعله ، يعتبر أيضا عقداً لما تضمنه من معنى التقوية والربط بين النية والإرادة والعمل بإنفاذه فعلا ما التزمه .

---

(١) البقرة م ١ : ٢٣٥ .

٣٦٣ — وهذا التعميم فى معنى العقد وما صَدَقِه[١] ، نراه أكثر شيوعاً فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه فى كتب الأحناف ، والعقد بهذا المعنى يكون أشد قرباً إلى معناه اللغوى كما يكون مرادفاً للالتزام الناشيء عن إرادة طرف واحد أو طرفين ، كما ينظم أيضاً جميع أنواع التبرعات كالهبة والصدقة والوصية[٢].

ومن هؤلاء الذين يجعلون العقد عاماً هكذا ، الإمام أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصّاص الحنفى ، إذ يقول وهو بصدد تفسير مفتتح سورة المائدة[٣] : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسمي البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد منهما [أى من الطرفين] قد ألزم نفسه التّمام عليه والوفاء به . وسُمّى اليمين على المستقبل عقداً ، لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك . والشركة والمضاربة ونحوها ، تسمى أيضاً عقوداً ، لما وصفنا [إى لأن فى كل منها التزاماً التزمه كل من المتعاقدين] وكذلك العهد والأمان ، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها . وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فى شيء يفعله فى المستقبل ، فهو عقد . وكذلك النذور ، و إيجابُ القرَب[٤] ، وما جرى مجرى ذلك » .

٣٦٤ — وبجانب هذا الذى يراه الرازى وأمثاله من الفقهاء ، نجد الجمهور الأعظم منهم لا يذهبون فى إطلاق كلة « عقد » إلى ذلك الحدّ من التعميم . إنهم لا يطلقون هذه الكلمة إلا على التصرف الذى بين طرفين ، وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما ، ولذلك عرّفوا العقد بأنه « ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ، ينشأ عنه أثره الشرعى » .

وتحديد العقد على هذا النحو ، هو ما نريده حين نتكلم عن نظرية العقد بصفة

---

(١) ما صدق التعريف مثلا هو ما ينطبق عليه ، وما صدق العقد هو ما ينطبق عليه كلة عقد .
(٢) انظر عند الحنابلة مثلا ، كتاب العقود لابن تيمية ؛ ص ١٨ ، ١٩ ، ٢١ ، ٧٨ وغيرها .
(٣) أحكام القرآن ، حـ ٢ : ٢٩٤ — ٢٩٥ .
(٤) يريد أن يلزم أمرؤ نفسه بفعل كذا أو كذا من أعمال الخير ، قربة لله عز وجل .

عامة ، وهو من جهة أخرى ، لا يختلف عن التعريف الذى اختاره رجال القانون حين يقولون : إن العقد هو « توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه[1] فإنشاء التزام كالبيع والإجارة ، ونقلهُ كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدينَ للمدين ، وانهاؤه كالابراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذى كان محدداً لها[2] .

٣٦٥ — و بعد هذا التمهيد ، نرى أن يكون البحث فى نظرية العقد على هذا الترتيب الذى نجده منطقياً ، وهو : تكوين العقد ، وشروطه وتقسيماته ، وانتهاؤه . وسنبحث فى الكلام على تكوين العقد ؛ بعض شروطه ، و بخاصة ما يتصل بالإيجاب والقبول وصيغة العقد .

فلدينا إذاً أربعة أبواب مرتبة فيما بينها ، وكل منها يُسْلِم للآخر الذى يليه .

---

(١) الوسيط للأستاذ الدكتور الرزاق السنهورى ، ص ١٣٨ .

(٢) وهنا تثار مسألة قليلة الخطر ، وهى هل العقد مرادف للاتفاق «La convention» ، أو هل هو أخص منه ، فلا يراد به إلا إنشاء التزام أو نقله ؟ أنظر الوسيط للأستاذ السنهورى ص١٣٧ — ١٣٨ ، مذكرات فى نظرية الالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ص١٦١ — ١٦٢ .

الباب الاول

تكوين العقد

الإيجاب والقبول :

٣٦٦ — لكى يكون العقد ويتحقق ، لا بد له من أركان وشروط[1]. أما الأركان فهي الإيجاب والقبول . ذلك ، أن العقد هو ، كما قلنا ، ربط بين كلامين أو عبارتين صادر كل منهما عن طرف[2] ، والعبارة الأولى تسمى إيجابا ، والثانية تسمى قبولا . فإذا قال التاجر : بعتك هذه السيارة بخمسمائة جنيه مثلا ، كانت هذه العبارة إيجابا ؛ وإذا قال الطرف الآخر قبلت ، كان هذا قبولا ، وبه يتحقق العقد . وحينئذ يصير البائع ملتزماً بتسليم السيارة ، ويصير المشترى ملتزماً بدفع الثمن .

هذا الإيجاب والقبول هما ركنا العقد ، والإيجاب هو ما صدر أولا من أحد الطرفين وإن كان المشترى فى عقد البيع ، والقبول ما صدر من الآخر وإن كان البائع . ولكن الشافعية والحنابلة يرون أن الإيجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً ، والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك ، وإن صدر أولا[3].

٣٦٧ — على أننا إذا نظرنا لحقيقة الأمر ، وجدنا أن كلا من العبارتين الصادرتين من طرفى العقد بمعناه الخاص هى إيجاب ، أى التزام من صاحبها بما يجب عليه للطرف الآخر ، ولهذا يصح لنا أن نقول . إن كل عقد بهذا المعنى هو فى الحقيقة

---

(١) يراد بركن الشيء مالا يوجد إلا به لأنه جزء منه ، وبالشرط ما يتوقف وجوده عليه دون أن يكون جزءاً منه . والأول كالركوع ، والثانى كالطهارة ، بالنسبة للصلاة .

(٢) نؤثر التعبير بطرف وطرفين ، بدل عاقد وعاقدين ، لأن الطرف الواحد قد يكون شخصاً واحداً أو أكثر ، كاتفاق جماعة على شراء دار أو بيعها لآخر .

والواقع عقدان بالمعنى العام ، ولنأخذ لذلك عقد البيع أو عقد الإجارة . ففي الأول يلتزم البائع النزول عن المبيع وتسليمه للمشترى ، نظير الثمن ويلتزم المشترى النزولَ عن ملكية الثمن للبائع ، نظير تملكه المبيع . وفى عقد الإجارة يلتزم المالك المؤجِّر النزول عن ملكية منفعة العين التى أجّرها للمستأجر ، نظير الأجرة للمدة المتفق عليها ، ويلتزم المستأجر تمليك الأجرة للطرف الآخر نظير الانتفاع .

وهكذا ، يظهر أن كل عبارة تصدر من طرفَى عقد من عقود المعاوضات ، تعتبر إيجاباً ، وأن تسمية إحداهما إيجاباً ، والأخرى قبولا ، ليست إلا تسمية اصطلاحية فقط ، لا واقعية . وإذاً ، فالخلاف فى أى العبارتين هى التى تسمى إيجاباً ، وأيهما تسمى قبولا ، خلاف ليس بذى خطر يعتدّ به .

ولكى ينتج الإيجاب والقبول أثرهما ، ويكون للعقد وجود معتبر شرعاً يجب أن يتوافر فيهما شرطان :

٣٦٨ — فأولا ، أن يكون كل منهما صادراً من شخص مميز ، يدرك ما يقول ويعنيه حقاً ، وبهذا يكون تعبيره معبّراً حقيقة عن إرادته . وعلى ذلك ، إذا صدر أحدهما من شخص نائم ، أو مجنون ، أو من صبى غير مميز لا يعقل ما يقول ، كان لا قيمة له ، ولا يعتبر شرعاً ، فلا يترتب عليه أىُّ أثر . وكذلك ، إذا كان هذا من شخص مميز عاقل ، ولكن كانت دلالته على إرادته محل شك واحتمال ، كان لا قيمة ولا أثر له أيضاً ، فلا ينعقد العقد به[1] .

والسبب فى هذا وذاك ، أن العقد ارتباط بين إرادتى طرفيه ، والكلام ونحوه ، كالكتابة والإشارة ، ليس إلا دليلا على هاتين الإرادتين ؛ فلابد إذاً من أن يكون هذا الدليل صادراً من مميز عاقل ، وأن يكون واضح الدلالة على ما يقول ، وقاطعاً فيما يعنيه ، أى واضح الدلالة على الرغبة فى العقد وإرادة وجوده .

---

(١) سيجىء تفصيل ذلك كله ، عند الكلام على الأهلية وعوارضها .

٣٦٩ — وثانياً ، يجب أن يتوافق الإيجاب والقبول على شيء واحد ، أى يردا على هذا الشيء الذى هو محل العقد بعينه . فإذا قال إنسان لآخر : بعتك هذه الدار بما فيها من أثاث ومنقول بألفين من الجنيهات ، فقال الآخر قبلت شراءها دون ما فيها بألف جنيه مثلا ، لم ينعقد العقد لاختلاف موضوع الإيجاب عن موضوع القبول . على أن البائع لو عاد فقبل هذا من المشترى ، جاز وتم البيع ، وكان هذا وذاك إيجاباً وقبولا جديدين . وذلك إن لم يبين البائع فى إيجابه الأول ثمن الدار وثمن ما فيها ؛ فإن فعل ، حصل العقد بلا قبول منه جديد لعدم تفريق الصفقة عليه[1] .

أما إن أجاب المشترى فى هذه الحالة نفسها بأن قَبِلَ الشراء للدار وما فيها بثمن أكثر مما طلب البائع ، فقد حصل العقد وتم البيع ، لأن القابل بالأكثر قابل طبعاً بالأقل من باب أولى ، فيكون الإيجاب والقبول قد توافقا ويكون موضوع العقد متحداً ، غير أنه لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذى أوجب به البائع . بخلاف ما إذا صدر منه القبول بثمن أقل مما ذكر البائع ، فإنه لا يعد منه قبولا يحصل به العقد[2] لعدم موافقته للإيجاب ، بل يعتبر هذا منه إيجاباً جديداً مبتدأ ، يتم به البيع إن قبله الطرف الآخر . ومثل ذلك ، لو كان الخلاف لا فى قدر الثمن ، بل فى وصفه ؛ كما إذا أوجب البائع البيع بألف جنيه حالّةً ، فقبل المشترى على أن تكون مؤجلة أو ذكر البائع أنها مؤجلة إلى شهر معين ، فقبل المشترى على أن تكون مؤجلة إلى أجل أبعد من الشهر المذكور[3] .

٣٧٠ — وهنا نجد الأمر يختلف فى القانون عنه فى الفقه الإسلامى . إن المادة ٩٦ من القانون المدنى الجديد تقول : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

ومعنى هذا أن العقد لا يتم فى كل الصور التى ذكرناها ، حتى فى صورة زيادة

---

(١) راجع البدائع ، حـ ٥ : ١٣٦ — ١٣٧ .
(٢) البدائع ، حـ ٥ : ١٣٧ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣ .
(٣) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣ . ومثل هذا نجده فى كتب المذاهب الأخرى .

المشترى فى الثمن الذى عرضه البائع ، ومثلها زيادة الزوج فى المهر الذى أوجبت به الزوجة ، أو نقص الزوجة فى المهر الذى ذكره الزوج[1] . بخلاف الفقه الذى اعتبر ، بحق ، كل ذلك ونحوه قبولا بما أوجب الموجب بالطريق الأوْلَى .

٣٧١ — إنهم يعللون ذلك فى القانون بأنه ليس لأحد أن يدخل فى ملك غيره شيئاً بلا رضاه ، وفى قبول المشترى الشراء بثمن أكثر مما أوجب به البائع إدخال هذه الزيادة فى ملك بائعه دون رضى منه ، فلابد من اعتبار هذا القبول رفضاً للإيجاب ، ويكون هو نفسه متضمناً إيجاباً جديداً يتطلب قبولا من البائع .

ولكن لنا أن نقول بأن أساس العقود هو التراضى حقاً ، وأن هذه الزيادة من المشترى فى صورة البيع أو من الزوج فى صورة الزواج ، وكذلك الحط من المهر إذا قبلت الزوجة الزواج ، بأقل ، صدرت عن رضا تام ، فلا معنى لعدم انعقاد العقد حينئذ[2] .

٣٧٢ — وثالثا ، يشترط لانعقاد العقد انصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد إن كان الطرفان حاضرين معا ، أو فى مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب . وهذا الانصال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه ، وبألا يصدر منه ما يعتبر إعراضا عن العقد من الموجب أو القابل على حد سواء .

وهذا يَجُرُّنا إلى الكلام عن مجلس العقد : متى يعتبر أنه مجلس واحد ، فيتم العقد بمجرد صدور القبول من الطرفين ؛ ومتى يعتبر أنه تغير ، فلا يتم العقد ولو صدر القبول بعد الإيجاب . وفى كل ذلك نجد اختلافات يسيرة بين الفقهاء ، كما أن العقود ليست سواء من هذه الناحية .

---

(١) أنظر الوسيط للأستاذ السنهورى ، ص ٢١٩ — ٢٢٠ .

(٢) راجع ابن عابدين ، حـ ٢ : ٢٧٤ ، وفيه أن النقص من المهر من جانب الزوجة يعتبر إسقاطاً للزيادة وإبراء للزوج منها ، وهذا من حقها ولا يحتاج لقبول منه . أما زيادة الزوج فى المهر فيصح معها العقد أيضاً ، ولكن يتوقف قبول الزيادة على قبول الزوجة لها فى المجلس . هذا فى الزواج الذى يجب الحيطة فيه دائماً ، فبالأولى يمكن قياس البيع ونحوه عليه ! وانظر أيضاً ، البدائع حـ ٥ : ٢٥٨ — ٢٥٩ .

٣٧٣ — ففي عقد الوكالة مثلا ، متى بلغ الوكيل أن فلانا وكله في القيام بكذا من الأعمال ، فله أن يقوم بهذا العمل ، ويعتبر أخذه في القيام به قبولا منه للتوكيل ، دون اشتراط لقبوله ساعة علمه بصدور العقد من الموكل ، والأمر معروف ومشاهد في حياتنا العملية دائما[1] . وفي الوصية يستحيل تحقق اتحاد المجلس ، لأن القبول لا يصح من الموصَى له إلا بعد وفاة المُوصِي مُصِرًّا على الوصية ، ولا أثر لقبوله حال حياته فقد يرجع عنها .

لكن الغالب من العقود ، ومنها عقود المعاوضات وسائر عقود التمليكات ، على الخلاف في بعضها كالهبة التي لا يشترط فيها الإمام مالك اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، نقول بأن هذه العقود ونحوها ، لابد فيها من اتحاد مجلس العقد الذي يضم الطرفين معا . والحنابلة يجعلون العقود غير اللازمة ، مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة ، تصح بالقبول على الفور أو التراخي[2] .

وفي شرط اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد أو مجلس العلم ، خير للطرفين جميعا ؛ ذلك ، بأن من مصلحة الموجب ، كالبائع أو المؤجر مثلا ، معرفة رأى الآخر حين يعلم بإيجابه ، وبذلك لا يبقى أمره معلقاً تحت رحمته . ومن مصلحة هذا أن يبادر بالقبول إن أراد قبل أن يرجع صاحبه عن إيجابه ، أو أن يرفض إن رأى هذا خيراً له ؛ ليبحث عن مصلحته في صفقة أخرى مثلا .

٣٧٤ — وما دُمنا قد اشترطنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، فإن صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه ، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمما للعقد ؛ لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس فصار باطلا ، فلم يتلاق به القبول ولم يتصل به . وكذلك ، لايتم

---

(١) راجع البدائع ، حـ ٦ : ٢١ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٢ . وفي نهاية المحتاج لا يشترط في الوكالة القبول ، بل الشرط ألا يرد التوكيل كما لايشترط في القبول فوراً ، ولا مجلس ، حـ ٤ : ٢١ .

(٢) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٢ .

العقد إن كان الذى ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول . بل إنه ، فى التحليل الصحيح ، يذهب الإيجاب ، ولا يعود له وجود بعد صدوره مباشرة ؛ لأنه تعبير يصير معدوماً بصدوره من صاحبه ، ولكنه جُعل باقياً مدة المجلس من باب التيسير ليمكن تلاقى القبول به وانعقاد العقد .

وكذلك يبطل الإيجاب إذا رجع صاحبه عنه صراحة ، أو دلالة بإعراضه عنه واشتغاله بأمر آخر . كما يبطل الإيجاب أيضا ، بإظهار من وُجِّه إليه عدم رغبته فى إنشاء العقد صراحة ، أو ضمناً بإعراضه عنه . ومتى بطل الإيجاب بصورة من هذه الصور أو غيرها ، صار القبول الذى قد يأتى بعد ذلك لا قيمة له ؛ لما قلناه من أنه جاء بعد أن صار الإيجاب معدوماً لا أثر له .

٣٧٥ — وهنا نجد العرف يقوم حَكَمًا فى تقدير أن المجلس تغير أو لم يتغير ؛ فإن بعض الفقهاء وقعوا فى الغُلوِّ حين ذهبوا إلى أن أى تغير فى المجلس وهيئته ، بقيام أحد الطرفين من قعود ، أو قعوده من قيام مثلا ، يُبطل ما كان من إيجاب ، فلا قيمة لما قد يكون بعده من قبول[1] . وهذا رأى لا يسعنا إلا رفضه ، لأن فيه كما نرى تضييقاً شديداً على الناس ، وحرجاً على المتعاقدين .

على حين نجد آخرين يحكِّمون العرف الشائع بين الناس ، فيرَوْن أن قيام الموجب وقد كان حين الإيجاب قاعدا ، أو جلوسه وقد كان قائماً ، ومثل هذا وذاك من الحركات التى تكون منه بعد إيجابه ، لا يغير المجلس حتى إنه إذا صدر القبول بعد ذلك فى المجلس صار معتبرا وبه ينشأ العقد . والضابط فى ذلك ، أن القبول يكون معتبرا مادام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعتبر إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين كما قلنا آنفاً ، وما دام المجلس قائما[2] .

---

(١) هذا رأى الشافعية الذين يوجبون القبول فوراً ، ولا يجيزون أن يتخلل بين الإيجاب والقبول لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً . راجع نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٨ ؛ البدائع حـ٥ : ١٣٧

(٢) راجع فتح القدير ، حـ ٥ : ٧٨ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤ ؛ الحطاب على خليل ، حـ ٤ : ٢٤٠ — ٢٤١ .

٣٧٥ — قلنا : إن المذهب الأول فيه غُلُوٌّ شديد ، وفيه حرج كبير على المتعاقدين ، وإن كان القياس يقتضيه ؛ ذلك بأن الإيجاب ينتفى فى اللحظة التالية للحظة التى وجد فيها ، والقياس يتطلب ألا يتأخر أحد شطرى العقد عن الآخر فى المجلس ، بألا يفصل بينهما أى فاصل زمنى . ولكن اعتبار هذا القياس يسد على الناس باب العقود من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجب أن نلاحظ أن المجلس يعتبر وحدة تجمع المتفرقات فيه للضرورة متى لم يتغير .

ومن ناحية ثالثة ، اشتراط الفور الزمنى فى اتصال القبول بالإيجاب ، لا يتفق بحال مع ما قد يكون الطرف الآخر بحاجة إليه من التأمل فيما أوجبه الطرف الأول ، وهذا التأمل يقتضى شيئاً من الزمن بطبيعة الحال ؛ وإذاً ، يكون من الحق ما ذهب إليه جمهرة الفقهاء الآخرين غير الشافعية ، نعنى أن العبرة تكون بعدم صدور ما يدل على الإعراض عن إنشاء العقد من أحد الطرفين بعد صدور الإيجاب[1] .

٣٧٦ — بقيت حالة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء صراحة ، وهى حالة ما إذا حدد الموجب للطرف الآخر مدة يقبل فيها العقد أو يرفضه ؛ فهل يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه هذه المدة ، أو له أن يعدل عنه ، فيكون القبول حينئذ لا معنى له ، لأنه جاء بعد مجلس العقد ؟ وهنا ، نجد القانون المدنى قد تعرض لهذه الحالة صراحة ، فالمادة ٩٥ منه تقول : « إذا عُيِّن ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد ، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » .

وهذا أدنى إلى الحق مما نستخلصه من كلام الفقهاء : من أنه ليس للطرف الآخر أن يقبل بعد انتهاء المجلس حتى فى هذه الحالة ، كما أن التيسير فى المعاملات يقتضى القول به ما دام الموجب قد رضى بتحديد مدة للقابل ، وبخاصة والمؤمنون عند شروطهم التى لا تنافى مقتضى العقد ولا تتعارض والغرض منه .

---

(١) قارن مع ما تقدم ، المادة ٩٤ من القانون المدنى الجديد . وانظر الوسيط للأستاذ السنهورى ص ٢١٤ — ٢١٥ مع هامش ص ٢١٥ ففيه ارتضاء الأخذ بمذهب الأحناف .

قلنا : إننا لم نجد ، بعد طول البحث وشدة التنقيب ، من الفقهاء من تعرض نصاً لهذه المسألة ، ولكن رأيت فى بعض كتب المالكية ما قد يفيد الذهاب إلى ما ذهب إليه القانون . فقد رأيت هذا النقل : « كتب مُوَثِّق بيع مسافر عبر عنه بعت موضع كذا من زوجتى فلانة بكذا إن قبلت ، و بينه و بينها مسافة شهرين فقال ابن عبد السلام مدة قضائه لا أجيز هذا البيع على هذه الصفة ، فبدلت الوثيقة بحذف « إن قبلت » ، فقبلها »[1] .

٢٧٧ — و بعد ذلك كله ، هل للموجب أن يرجع عن إيجابه فى المجلس ، قبل قبول الطرف الآخر ؟ يرى جمهرة فقهاء المالكية أن ذلك ليس للموجب قبل أن يترك فرصة ، يقرر العرف مداها ، لصاحبه ليقبل أو يرفض إبرام العقد ، لأنه بإيجابه قد التزم أمراً تعلق به حق هذا الطرف الآخر ، ما دام مجلس العقد قائماً . وعلى ذلك ، إذا رجع الموجب عن إيجابه ، ثم قبل الطرف الآخر فى المجلس ، دون أن يكون منه ما يدل من قبل على الإعراض ، يتم العقد برغم الطرف الأول .

فقد جاء فى مواهب الجليل للحطاب[2] ، نقلا عن المقدمات لابن رشد : أنه لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعدُ بالقبول . وحكى القرطبى ، فى تفسير قوله تعالى : « وأحلَّ الله البيعَ » خلافاً فى ذلك ، وظاهر كلامه أنه فى المذهب رواية عن مالك ، ولكن الجارى على المذهب ما ذكره ابن رشد .

أما باقى علماء مذهب مالك ، وكذلك فقهاء المذاهب الأخرى ، فلا يرون هذا الرأى ؛ و إلا لحجرنا على الطرف الأول وقيدنا من حريته بإلزامه ما عدل عنه ،

---

(١) مواهب الجليل للحطاب شرح مختصر خليل ، جـ ٤ : ٢٤١ . على أن الأستاذ الشيخ على الخفيف يذكر (ص ٢٠٥ هامش رقم ١ من كتابه المعاملات الشرعية) أن المالكية يذهبون صراحة إلى ما ذهب إليه القانون ، راجعاً إلى هذا الكتاب جـ ٤ : ٢٣ ، وقد رجعت إلى هذا الموضوع فلم أجد الأمر على ما قال ، ولعل هناك خطأ مطبعياً !

(٢) جـ ٤ : ٢٤١ . وانظر : مذكرة فى بيان الالتزامات فى الشرع الإسلامى ، للأستاذ المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، ص ٥٤ ، إذ نراه يميل إلى هذا الرأى .

وأساس صحة العقود على التراضى من الجانبين . ولذلك يقررون أن للموجب الرجوع عن إيجابه ما دام الطرف الآخر لم يقبل ، و إن لم ينته مجلس العقد .

ونحن نرى أن الحق بجانب هؤلاء لما ذكرناه من وجوب تأكيد حرية الموجب وحقوقه ، وهذا لا يضر الطرف الآخر إذ كان له — لو أراد — أن يبادر فى الفترة المناسبة بالقبول قبل عدول صاحبه . ولا سيما ، وحق الملكية أقوى من حق التملك فيجب أن يُقدَّم عليه عند التعارض ؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة ، والثانى لا يكون للطرف الآخر إلا برضاء الطرف الأول .

خروج الموجب عن الأهلية :

٣٧٨ — وقد يحدث ألا يبقى الموجب أهلا للتعاقد بعد إيجابه ، بأن جُنَّ أو مات قبل قبول الطرف الآخر ، فهل يبقى إيجابه قائماً ؟ فى الفقه أن إيجابه يبطل حينئذ ، فلو قبل الطرف الآخر ، لا يتم العقد لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً ، إذ ذلك الإيجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية إنشاء العقود[1] .

على أنه قد يقال بأن فى إبطال هذا الإيجاب تضييعاً لحق الغير وهو الطرف الآخر ، فلماذا لا يعتبر موجوداً حُكْما حتى إذا قبل من وُجِّه إليه فى مجلس علمه به ينشأ العقد .

أما التشريع الوضعى فالأمر فيه يستلزم تفصيلا ، ذلك أنه يقسم الإيجاب إلى :

ا) إيجاب موجود فعلا ، وهو الإيجاب الذي صدر من الموجب ولما يتصل بعلم من وجه إليه .

ب) و إيجاب موجود قانوناً ، وهو ذلك الإيجاب بعد أن اتصل بعلم من وجه إليه ، والفرق بين هذين أن الأول يجوز العدول عنه ، والثانى لا يجوز العدول عنه ، وقد يجوز الرجوع فيه كما سيأتى .

وينقسم الإيجاب الموجود قانوناً إلى :

(١) انظر مثلا ، مغنى المحتاج ح ٢ : ٦ .

ا) إيجاب ملزم ، وهو الذى يلتزم صاحبه أن يبقى عليه مدةً يحددها هو ، أو يحددها القانون أو العرف . وهذا لا يجوز الرجوع فيه كما لم يجز العدول عنه .

ب) وإيجاب غير ملزم ، وهو الذى لا يلتزم صاحبه البقاء عليه ، وفى هذا يجوز الرجوع ، وإن امتنع العدول عنه .

وعلى ذلك إذا أوجب الموجب ، وفقد أهليته بالجنون أو الموت مثلا فإن إيجابه لا يتأثر بشيء من ذلك ، ويظل له وجوده الفعلى ، حتى إذا اتصل بعلم من وجِّه إليه تحقق وجوده القانونى وترتب عليه أثره ؛ فإذا كان إيجابا ملزما ، وقبل من وجه إليه ، تمَّ به العقد وترتَّب عليه أثره بمجرد أن يتصل القبول بعلم القيم أو الورثة ؛ وذلك لأن ذمة الموجب تبقى محمّلةً هذا الالتزام .

هذا كله ما لم يظهر من التعبير أو من طبيعة الالتزام غير ذلك كأن يكون مرتبطاً تحقيقه بشخص الموجب بالذات .

أما إذا لم يكن الإيجاب ملزماً ، فلا يتم العقد فى هذه الحالة ، لا لأن الإيجاب قد سقط بفقد الموجب أهليتَه ، ولـكن لأن القبول لا يُرتِّبُ أثَرَه إلا بأن يعلمه من وُجِّه إليه وهو هنا قد جُنَّ أو مات[1] .

وفى هذا تقول المادة ٩٢ من القانون المدنى : « إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته ، قبل أن ينتج التعبيرُ أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتُّب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ؛ هذا مالم يتبيّن العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

ومن الحق أن نضيف إلى هذا ، أن اعتبار الإيجاب قائماً حكما قد يكون من صالح الموجب نفسه ، فقد يكون حظه فى إتمام الصفقة ، فلماذا نبطل هذا الإيجاب ، فضلا عن تعلق حق الطرف الآخر به كما ذكرنا . ومما يجب أن نلاحظه هنا ، أن الجارى

(١) راجع الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ص ١٨٢ — ١٨٨ .

على مذهب مالك — كما سبق بيانه — أن الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن إرادته ، لم يعتبر رجوعه وكان لصاحبه القبول — إن أراد — لتعلق حقه بإيجاب الأول . ومن باب أولى ، على ما نرى ، أن يعتبر إيجاب من خرج عن الأهلية قائماً ؛ فإنه قد تأكد فى حالة الرجوع أن الموجب لا يريد إنشاء العقد ، على حين أنه فى حالة فقدان الأهلية لسنا من ذلك التأكيد فى شىء إذ الراجح استصحاباً لما كان — أنه كان سيبقى مُصِرًّا على الإيجاب .

صيغة العقد

٣٧٩ — لا ريب فى أن أساس العقد هو توجه إرادة كل من طرفيه لإنشائه وإبرامه ، وهذه الإرادة مثل سائر أعمال النفس ، أمر لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل . وإذاً فمن المنطق أن نقرر بأن المهم هو أن تظهر هذه الإرادة الباطنة بما يدل عليها دلالة ظاهرة لا شك فيها .

ولذلك ، نرى المادة ١٧٣ من مجلة الأحكام العدلية[1] تقرر أن الإيجاب والقبول يكونان بالمشافهة وبالكتابة ، كما تذكر المادة ١٧٤ أن البيع ينعقد بالإشارة المعروفة للأخرس . ومن بعد « المجلة » ، نجد المادة ١/٩٠ من القانون المدنى الجديد تنص على أن « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عُرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود » .

٣٨٠ — وإذا كان شأن المُقَنِّنين الإيجازَ ، فيما يضعون من تشريعات فى صور مواد ، فليس هذا شأن الشراح والفقهاء ، بل إنهم يتعمقون المسائل ويعرضونها فى بسط وتطويل ، وهكذا حال رجال الفقه الإسلامى كما سنرى .

---

(١) نشير هنا إلى أن أحكام هذه المجلة مأخوذة فى جلتها من الفقه الحنفى ، وبخاصة من كتب ظاهر الرواية .

إذاً ، أمامنا سُبُل عديدة مختلفة للتعبير عن إرادة كل من طرفى العقد ، وبكل منها ينعقد العقد :

ا) القول وما ينوب عنه من الإشارة .

ب) الرسالة والكتابة .

حـ) الفعل وهو المعاطاة فى البيع والشراء .

القول والإشارة :

٣٨١ — السبيل الطبيعية للتعبير عن نية النفس وإرادتها . هو القول قبل أى سبيل أخرى من سُبُل التعبير . فالعقد ينعقد بتلفظ طرفيه بالإيجاب والقبول باللغة التى يفهمانها ، متى كان التعبير الذى يصدر عن كل منهما دالاً حقا على إرادته دون أى لَبْس .

إلا أن جمهرة فقهاء الحنابلة والمالكية والشافعية يشترطون فى عقد الزواج لجلاله وخَطَره ، ولما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه فى هذا العالم ، أن تكون ألفاظه مشتقة من مادتى نَكَح وزَوَّج إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يذهبون إليه بأن هذين اللفظين وردا فى القرآن ، فلابد من التزامهما اقتفاء له ، وذلك إذ يقول فى سورة النساء : « ولا تَنكِحوا ما نكَح آباؤكم من النساء إلا ما قد سَلَف » ، كما يقول فى سورة الأحزاب : « فلما قضَى زَيدٌ منها وَطَرا زَوَّجْناكها » .

فعند الحنابلة ، نجدهم يقولون : « ولا يصح إيجابٌ ممن يُحْسِن العربية إلا بلفظ أنكحت وزَوَّجت لورودهما فى نص القرآن . . . ولا يصح قبولٌ لمن يُحْسِنها إلا بلفظ قبلت تزويجها أو قبلت نكاحها » ، إلى آخره ، وبأى لفظ آخر مشتق من هاتين المادتين[1] .

---

(١) كشاف القناع ، حـ ٣ : ٢٠ .

وعند المالكية ، نجد ابن رشد الجدّ فى كتابه المقدمات يقول ، إنه لابد من لفظ أنكحت وزوّجت ، وفى انعقاده بلفظ الهبة خلاف بين فقهاء المذهب . وكذلك نجد عندهم جواز انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على التمليك كالهبة والصدقة إن سمى مهراً ، ليكون قرينة على إرادة الزواج ، و بلفظ بعت وملّكت ، وكل هذا على الخلاف أيضاً[١] .

والشافعية يذكرون أنه « لا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ، أى ما اشتُق منهما » ، و يعللون هذا بأن ذلك هو ما ورد فى كتاب الله ، وليس لنا أن نلحق بهاتين المادتين غيرهما بطريق القياس . « فالقياس ممنوع لأن فى النكاح ضرباً من التعبُّد ، فلم يصح بلفظ إباحة وتمليك وهبة ، وجَعْلُه تعالى النكاح بلفظ الهبة[٢] خصوصية له صلى الله عليه وسلم لقوله : خالصة لك من دون المؤمنين . . . ويصح عقد النكاح بالعجمية فى الأصح ، وهى ما عدا العربية من سائر اللغات . . . و إن أحسن قائلها العربية ، اعتباراً بالمعنى »[٣] .

٣٨٢ — على أن هذه النظرة من أولئك الفقهاء ، نظرة مادية أو شكلية ضيقة ، فليس لنا أن نعتد بها ، و بخاصة ومن مميزات الفقه الإسلامى « عدم الشكلية » بصفة عامة . ثم ، إذا راعينا أن الأصل فى كل العقود — ومنها عقد الزواج — هو قيامها على تراضى الطرفين ، هذا التراضى الذى يدل عليه التعبير الصحيح الواضح على إرادة كل منهما ، وجدنا من الحرج ومما لا وجه له من الحق ، تقييد طرفى عقد الزواج خاصة باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان ،

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ، حـ ٣ : ٤١٩ — ٤٢١ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى فى سورة الأحزاب : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك من دون المؤمنين » .

(٣) نهاية المحتاج ، حـ٥ : ١٦٣ ولنا أن نقول بأن الخصوصية التى جعلها الله خالصة للرسول وحده ، هو الزواج بلا مهر ، أى لا انعقاد الزواج بلفظ الهبة .

ما دامت هناك بجانب هـذه الألفاظ ألفاظ أخرى تدل على مرادهما بلا أدنى شك أو إلباس .

ولذلك ، نرى الفقهاء الأحناف يجيزون أنعقاد الزواج بلفظ تزويج ونـكاح وغيرهما مما يشتق من هاتين المادتين ، و بكل لفظ آخر وضع لتمليك العين فى الحال — الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء — بشرط نية أو قرينة تعين أن المراد هو الزواج ، و بشرط فهم الشهود للمقصود(١) .

٣٨٣ — وللفقهاء كلام كثير فى نوع « الفعل » الذى يستعمل فى التعبير اللفظى ؛ أهو الفعل الماضى وحده ؟ أم يصح استعمال الموضوع للمستقبل أيضا ؟ ولا خلاف مطلقا فى انعقاد العقد بالفعل الماضى لأنه أدل على وقوع وتحقق الشيء المراد ، ولهذا كان الرسول يستعملة فى جميع العقود (٢) إلا أن ذلك لا يمنع من القول بانعقاد العقد بالفعل الموضوع للمستقبل أيضا ، فى عقود البيع أو الزواج أو غيرها على السـواء ، ما دامت الحال والقرائن تدل بلا شك على أن المراد به إنشاء العقد وتحققه فى الحال ، لا أن الغرض للساومة أو العِدَةُ بإنشائه فى المستقبل(٣) .

وكما ينعقد العقد بفعل الأمر المراد به الحال ، ينعقد بالمضارع إذا لم ينوِ به الاستقبال ، و بالجملة الإسمية أيضا ؛ مثل تزوجينى نفسك ، أنا متزوجك على مهر مقداره كذا من المال ، و بخاصة فى الزواج ، لعدم جريان المساومة فيه . ومثل ذلك قول من يدخل فى مزاد لبيع شيء من الأشياء : علىّ بكذا ، متى قامت القرينة على أن المراد إنشاء العقد بالفعل ، لا المساومة أو الوعد بالشراء فى زمن آت .

---

(١) راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه . حـ ٢ : ٢٧٥ — ٢٧٦ .

(٢) شرح العناية على الهداية ، على هامش فتح القدير ، حـ ٥ : ٧٥ .

(٣) وفى بعض كتب الأحناف (المبسوط حـ ١٢ : ١٠٩ ، الهداية حـ ٣ : ١٧) أنه لابد فى البيع من اشتراط الفعل الماضى ، ولـكن الشراح يذكرون أنه يجوز استعمال المستقبل فى البيع والزواج إذا وجدت نية الحال منه . راجع فتح القدير ، حـ ٥ : ٧٦ ، حاشية الشلبى على شرح الزيلعى حـ ٤ : ٤ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، حـ ٢ : ٢٧١ — ٢٧٢ . وانظر عند الشافعية نهاية المحتاج . حـ ٣ : ٦ ؛ وعند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٣ — ٤ .

٣٨٤ — وكما ينعقد العقد بالقول ، ينعقد أيضا بالإشارة من غير القادر على الكلام . أما القادر على النطق ، فلا تنفع إشارته بالإيجاب أو القبول فى انعقاد العقد ، بل عليه أن يعبِّر بلسانه لفظا أو كتابة ، وإلا لم ينشأ العقد بإشارته عند الأحناف والشافعية ، لأن الإشارة — مهما كانت دلالتها على الإرادة — لا تفيد اليقين الذى يفيده التعبير اللفظى أو المكتوب .

والخَرَسُ ، أى عدم استطاعة النطق ، قد يكون أصليا خِلقة بأن ولد مئوفا بهذه الآفة ، وقد يكون عارضا . فإن كان أصليا ، قامت إشارته المفهومة دائما مقام عبارته ؛ وإن كان عارضا بأن طرأ عليه الخَرَس ، فلا تفيد إشارته فى إنشاء العقد إلا إذا يئسنا من عودة النطق إليه وصارت إشارته مفهومة تدل على إرادته حقا[1] .

٣٨٥ — وإذا كان الأخرس قادراً على الكتابة ، كان عليه أن يعبر بها ولا تفيد إشارته فى عقد العقد ، وهذا تبعاً لرواية عن الإمام محمد بن الحسن فى كتابه المبسوط[2] ، وبذلك أخذت لائحة إجراءات المحاكم الشرعية إذ تقول المادة ١٢٨ منها : إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة .

والعلة فى هذا ، أن الكتابة هى الطريق الطبيعى الثانى ، أى بعد التعبير اللفظى للدلالة على إرادة صاحبها دلالة لاشك فيها ، فهى لذلك أدلُّ على المراد بيقين أكثر من دلالة الإشارة ؛ وإذاً فلا يُصار إلى هذه إلا بعد تعذر التعبير بالكتابة متى كان الذى يستطيع النطق قادراً عليها[3] .

---

(١) راجع عند الأحناف. البدائع حـ ٥ : ١٣٥ ؛ وعند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ٣ — ١١ ؛ وعند المالكية ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ، حـ ٣ : ٣ ، وفيه عدم اشتراط أن يكون صاحب الإشارة المفهومة ، أخرس ، وراجع الأشباه لابن نجيم ص ١٨٨ .

(٢) وفى حاشية ابن عابدين ، حـ ٤ : ٩ أن إشارة الناطق بحركة رأسه ، أى نعم لا تعتبر ، إلا لو حصل التسليم من أحد الجانبين فيكون حينئذ بيعاً بالتعاطى .

(٣) راجع عند الحنابلة ، كشاف القناع حـ ٢ : ١٧٣ . وفيه أن مالا تفهم إشارته لا تصح كفالته عن آخر ولو بالكتابة لأنها ليست صريحة ! وكذلك سائر تصرفاته ، تصح بإشارة مفهومة لا بكتابة مجردة عن إشارة يفهم بها المقصود ! .

ونحب أن نشير هنا إلى أن قواعد اللغة والفقه الإسلامى لا تأبى اعتبار إشارة القادر على الكلام ، متى كانت الإشارة دالة بلا أدنى لَبْس على إرادة صاحبها ، لأن المهم هو أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحاً صراحة أو ضمناً . وهذا ما جرى عليه القانون المدنى الجديد ، كما جاء بالفقرة الأولى من المادة ٩٠ التى سبق ذكرها ، بل إن الإشارة المتفق على دلالتها تعتبر بلا ريب تعبيراً صريحاً . وفى هذا ، يقول الأستاذ الدكتور السنهورى : «وأية إشارة من غير الأخرس تواضع الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ؛ كهزّ الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزّه أفقياً أو هزّ الكتف دلالة على الرفض »[1] .

الرسالة والكتابة :

٣٨٦ — وكما ينعقد العقد بالتعبير اللفظى المسموع للطرفين إذا كانا حاضرين بمجلس واحد ، ينعقد أيضاً بالرسالة والكتابة إذا حمل الرسول أو البريد الإيجاب والقبول من طرفيه ؛ وحينئذ ، يعتبر مجلس العقد هو المجلس الذى بلغ فيه الرسول أو الكتاب إلى المرسل إليه ، فيشترط اتحاده على النحو الذى قدمناه .

فإذا كتب الموجبُ إيجابه للطرف الآخر فى كتاب ، أو أرسل له به رسولا ، وجب عليه — إن أراد — أن يقبل فَوْرَ علمه بذلك أو بعد بُرهة يتروّى فيها بشرط ألا يبرح مجلسه . فإن ترك المجلس ، أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب ، كان قبوله بعد هذا لا قيمة له ولا اعتبار .

٣٨٧ — ومن الفقهاء من يرى أن المرسل إليه الكتاب ، بإيجاب البائع مثلا إذا لم يقبل فى المجلس الأول الذى قرأ فيه الكتاب له أن يقبل فى مجلس آخر ،

---

(١) الوسيط ، ص ١٧٦ . وراجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ، حـ ٣ : ٣ الحطاب على خليل ، حـ ٤ : ٢٢٩ ، فيه أن غير الأخرس كالأخرس فى اعتبار إشارته المفهومة ، وهى أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام لقوله تعالى فى سورة آل عمران (م ٣ — ٤١) « آيتك ألا تكلم الناس إلا رمزا » والرمز الإشارة .

مهما بَعُدَ أو تعدَّد ، بعد قراءته مرة أخرى ، لأن الإيجاب يعتبر موجوداً وقائماً بقيام الكتاب ، وسواء فى ذلك البيع والزواج وسائر التصرفات الأخرى[٢] .

ونحن نرى أن هذا لا يتفق والمنطق ، وفيه إعطاء الرسول والكتاب من قوة الأثر ما ليس لمرسلهما نفسه . ثم ، الكتاب ليس له من الأثر إلا أنه أبلغ الطرف الآخر إيجاب صاحبه ، فتعتبر قراءته إيجاباً من مرسله ، فلا بد إذاً من قبول الطرف الآخر أو رفضه فى المجلس ، وبخاصة وقد يتضرر الموجب بذلك التأخير فى تعرُّف إرادة الطرف الآخر .

ويدل لهذا الذى نذهب إليه ، ما ورد فى كتاب الهداية[١] : « والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال ، حتى اعتُبِر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة » ، ومعنى ذلك بصراحة أن كتاب الموجب أو رسوله كحديثه المباشر الموجَّه للطرف الآخر ، وكل ذلك ينتهى بانتهاء المجلس .

العقد بالمعاطاة :

٣٨٨ — هناك ، بعدما تقدم كلِّه من انعقاد العقد بالقول الملفوظ أو المكتوب أو انعقاده بالإشارة أو الرسالة أو الكتاب ، حالاتٌ أخرى يتم فيها بغير شىء من ذلك الذى سبق بحثه أى بالفعل يصدر من المتعاقدين ، وقد يكون هذا فى البيع ، ويسمى بيع المعاطاة ، كما يكون فى الإجارة ، وغيرهما أيضاً من ضروب المعاملات المالية .

من ذلك أن تجد سلعة معروضة مع بائع فى الطريق ، وتعرف ثمنها ، فتمد يدك وتأخذها وتدفع له الثمن ، ويكون ذلك فى الحقير من الأشياء كما يكون فى النفيس ،

---

(١) حاشية ابن عابدين ، حـ ٤ : ١١ .

(٢) أول كتاب البيوع ، حـ ٣ : ١٧ . وانظر فتح القدير ، حـ ٥ : ٧٩ . وفيه أن للمرسل رسولا أو كتاباً أن يرجع عن إيجابه قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أم لم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع . وانظر بعد ذلك الحكم فى الإجارة والهبة وغيرها من التصرفات

كما لو فعلت هذا فى محل ساعاتى أو جوهرى يعرض عادة ما عنده ، فتختار ما تريد وتؤدى له الثمن المكتوب ، ومن هذا الباب ، أن تجلس فى مُقْهًى ، أو أن تدخل مطعما ، فتتناول ما تحب ، ثم تدفع ثمنه حين الانصراف . ومن باب الإجارة ، أن تركب الترام أو سيارة عامة ، ثم تدفع أجرة ركوبك بعد أخذ التذكرة من الكمسارى إلى أمثال كثيرة من هذه المعاملات ، أو عقود البيع والشراء ، أو عقود الإجارة والاستئجار . فهل تسمى تلك المعاملات والعقود عقوداً شرعية ؟ أى عقوداً بالمعنى الخاص التى تكون بين طرفين وفيها شروط العقود الصحيحة ؟

نعم ، هى عقود توافر فى كلٍّ منها ركن العقد الصحيح وشروطه ، ويجب لذلك اعتبارها عقوداً شرعية قانونية ، وإن لم يحصل فى كل منها إيجاب وقبول باللفظ أو الكتابة أو الإشارة ، وحياتنا العملية تقتضى جوازها . إذ قد يكون من العبث والسخرية أن نلتزم الإيجاب والقبول على النحو الذى عرفناه من قبل ، حتى فيما لا خطر له من الأشياء التى تَذْخَر بها حياتنا العملية كلَّ يوم .

وإذا رجعنا إلى النصوص الفقهية ، نجد فى ذلك ثلاثة آراء . منها ما لا يجيز « المعاطاة » لا فى البيع ولا فى غيره . سواء فى هذا النفيس والخسيس من الأشياء ؛ ومنها ما يجيزها فى البيع ونحوه فى كل شىء مهما جلَّ أو هان أمره ، ومنها أخيراً ، ما يجيزها فى كل عقد ، بيعا أو غير بيع ، إلا بعض مستثنيات فى كل شىء أيضاً .

٣٨٩ — فعند الشافعية لا يجوز العقد إلا بالقول أو ما قام مقامه عند العجز عنه كإشارة الأخرس أو كتابته ، وإذا فالبيع لا ينعقد بالفعل أو « المعاطاة » فى أى شىء مهما كان حقيراً ، وإن كان بعض رجال هذا المذهب يرون انعقاده بذلك فى التافه من الأشياء . وفى هذا يقول شمس الدين الرملى[١] : « فلا ينعقد بالمعاطاة ، وهى أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما ، واختار المصنف انعقاده بها فى كل ما يعده الناس بيعاً ، وآخرون فى مُحَقَّر كرغيف » .

---

(١) نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٤ . وراجع أيضاً ، شرح منهج الطلاب وحاشية البجيرمى عليه ، حـ ٢ : ١٨١ — ١٨٢ .

٣٩٠ — وفى رأى الفقهاء الآخرين ، الأحناف والمالكية والحنابلة ، أن هذا النوع من البيع يجوز فى كل شىء وإن كان نفيساً ، متى كان هذا معتاداً دالا على الرضا ومعبراً تماماً عن كل إرادة من المتعاقدين . ومتى جاز البيع على هذه الصورة ، يجب أن يجوز « عقد المعاطاة » بصفة عامة فى البيع وغيره ، على الشرط المتقدم ، ما دام الأمر أمر تيسير التعامل ودفع الحرج على الناس ، هذا الحرج الذى يكون باشتراط صيغ خاصة للعقود لا تجوز بغيرها[1] .

وفى هذا المذهب يقول ابن تيمية : « إنها [أى العقود] تصح بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة ، وكالوقف فى مثل من بنى مسجداً وأذن للناس فى الصلاة فيه ، أو سبَّل أرضاً للدفن ، أو بنى مَطْهَرة وسبَّلها للناس . وكبعض أنواع الإجارة ؛ كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة ، أو ركب سفينة ملاح ، وكالهدية ونحو ذلك . فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها ، لفسدت أمور الناس . ولأن الناس ، من لَدُنِ النبى صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا[2] ، ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة ، وهو قول فى مذهب أحمد »[3] .

والقانون المدنى ، كما جاء بالمادة ١/٩٠ ، يتفق مع هذا الرأى ، وهو رأى أدنى إلى الحق وأقرب إلى اليسر من القول الذى لا يجيز العقد بالأفعال مطلقاً .

٣٩١ — وأخيراً ، نجد مذهباً أشد تيسيراً من سابقه ، وهو الذى يرى أن العقد مهما كان أمره وموضوعه ، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا لبس فيها على إرادتى كل من طرفيه ، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفاً أم غير متعارف . فكل ما يدل على البيع ينعقد به ، وكل ما يدل على الإجارة تنعقد بها ، وكذلك الشركة والوكالة والسَّلَم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددها .

---

(١) راجع الدر المختار وفتح القدير ، حـ ٥ : ٧٧ ؛ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى حـ ٣ : ٣ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤ .

(٢) ونقول نحن الآن ، إن ذلك لا يزال متعارفا إلى يومنا هذا أيضاً .

(٣) فتاوى بن تيمية ، حـ ٣ : ٢٦٧ — ٢٦٨

إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب ، هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه ، دون نظر إلى ما تعُورِف من الصيغ أو الأشكال التي ينعقد بها العقد . وهكذا نرى هذا الرأي يسير في « عدم الشكلية » إلى أقصى الحدود ، وهو الرأي الغالب على أصول مذهب مالك ، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل[1] ، وهو ما نرضاه رأيا لنا .

٣٩٢ — ولكن ، مع إباحة العقد بالأفعال ، وخلاف الفقهاء في ذلك بين مانع ومضيّق وموسّع ، نراهم جميعاً على رأي واحد في أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، بل لابد من القول للقادر عليه . وذلك الإجماع له معناه ومايبرّره ، من خطر عقد الزواج الذي يبيح لطرفيه ما كان محرماً عليهما بدونه ؛ فوجب أن يحتاط له كل احتياط ، وألا يتم إلا بأقوى الدلالات على الإرادة وهو القول . فضلا عن أن كرامة المرأة والرجل تأبى كل الإباء أن ينعقد الزواج « بالمعاطاة » مثلا ، كما أن فيه معنى جليلا من عبادة الله كما سبقت الإشارة إليه .

ولعل ذلك هو المعنى الذي جعل بعض الفقهاء يرون أن عقد الزواج لا يصح بغير اللغة العربية لمن كان من أهلها . على أن ابن تيمية لم يرض — بحق — هذا الرأي ، وقال في معرض رده له : « إنه — أي الزواج — وإن كان قربة ، فإنما هو كالعتق والصدقة[2] ؛ ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربي ولا أعجمي ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا يتعين لها لفظ عربي بالإجماع . ثم ، الأعجمي إذا تعلم العربية في الحال ، ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ كما يفهم من اللغة التي اعتادها . نعم لو قيل تكره العقود بغير اللغة العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة ، لكان متوجِّهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعي ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة[3] » . وهذا كلام دقيق ، ويدل على سعة نظر ، فلا يحتاج إلى تعليق .

(١) وراجع فتاوى ابن تيمية أيضاً ، حـ ٣ : ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) أي في أنهما قربة لله تعالى .

(٣) تراجع فتاوى ابن تيمية ، حـ ٣ : ٢٦٩ وما بعدها .

الإرادة الواحدة وأثرها

٣٩٣ — الأصل فى الالتزامات والعقود أن تكون بين طرفين ، ولكن لنا مع ذلك أن نتساءل : هل من الممكن أن تنشىء الإرادة الواحدة التزاما ؟ وإذا صح هذا ، فهل يصح أيضا أن تنشىء عقدا ؟ علينا إذاً ، أن نبحث الأمر من ناحيتين :

١ — الإرادة الواحدة والالتزام .

٢ — الإرادة الواحدة والعقد .

٣٩٤ — ولبحث الأمر من الناحية الأولى ، يحسن أن نشير إلى مذهبين فى الالتزام ، وهما المذهب الشخصي Theorie subjective ، والمذهب المادي Theorie objective [1] . فالأول يقوم على أن الالتزام رابطة شخصية بين المدين أى الملتزم ، والدائن أى الملتزم له . فهو لذلك ، سلطان شخصى للدائن على المدين فيخضعه له ، وقد استلهم أصحابُ هذا المذهبِ القانونَ الرومانى الذى كان يرى فى الالتزام رابطة شخصية قوية بين طرفيه ، إلى درجة أن يكون للدائن سلطان على جسم المدين وحريته .

على حين أن المذهب المادى لا ينظر هذه النظرة الشخصية الذاتية للالتزام ، بل ينظر إليه نظرة مادية تقوم على محل الالتزام وموضوعه ، لأن هذا هو العنصر الأساسى فيه بلا ريب ، وبذلك يصبح الالتزام علاقة مالية أكثر منه علاقة شخصية بين طرفيه[2] .

---

(١) نؤثر أن نقول فى ترجمة المصطلحين الفرنسيين : النظرية الذاتية والنظرية الموضوعية ؛ لأن الأولى ترى فى الالتزام علاقة ذاتية بين طرفيه ، على حين ترى الأخرى فيه علاقة موضوعية ترجع إلى محل الالتزام . كما أن الترجمة التى نؤثرها ، تتفق وما عرف فى لغة الأدب والفلسفة فى التعبير عن هاتين النظريتين أو هذين المذهبين . على أن الأستاذ السنهورى نفسه ، استعمل الترجمة التى نؤثرها فى موضع آخر ، الوسيط ص ١٧٩ .

(٢) راجع فى بيان هذين المذهبين ، الوسيط للأستاذ السنهورى ، ص ١٠٦ وما بعدها .

٣٩٥ — ولهذا الخلاف النظرى فى الالتزام ، نتائجه فى الناحية العملية والتطبيقات . فالذى ينظر إليه من الناحية الموضوعية ، يرى أن من الممكن قبول تحويل الدين من المدين إلى مدين آخر ، لأن المهم فى الالتزام هو محله لا شخصُ كلٍّ من طرفيه ؛ وكذلك يمكن تصوُّر قيام التزام من طرف واحد كالذى يَعِدُ بمكافأة تدفع للأول من الناجحين فى ليسانس الحقوق مثلا ، ما دام النظر فى الالتزام إلى الموضوع ، لا إلى الأشخاص أيضا .

ولكن النظرية الشخصية أو الذاتية لا تتسع لهذا أو لذاك ، ما دامت لا ترى فى الالتزام إلا رابطة شخصية بين طرفيه : الدائن والمدين ، فلابد إذاً من وجود كل منهما وقتَ إنشاء الالتزام ، و إذاً فالوعد بالجائزة مثلا من شخص إلى آخر غير موجود ساعة إنشائه لا يتصور على هذا الأساس .

ا ـ الالتزام بإرادة واحدة :

٣٩٦ — نستطيع أن نقرّر بناء على النظرية الموضوعية للالتزام ، أن الإرادة الواحدة ، قد تنشىء الالتزام ، فيصبح صاحبها حينئذ مدينا أو ملتزما لآخر غير موجود حين إنشاء الالتزام ، والمثل لذلك كثيرة فى الفقه الإسلامى وفى الحياة العملية الواقعية .

ولعلنا لا نعدو الحقيقة إذا قلنا إن الأصل فى جواز الالتزام بإرادة واحدة فى الفقه الإسلامى ، هو ما جاء فى القرآن من قوله تعالى[1] : « قالوا نَفْقِدُ صُواعَ المَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بعيرٍ وَأَنَا به زَعِيمٌ » . والأمر أن سيدنا يوسف عليه السلام حين باعه إخوته حَسَدًا له ، ومنَّ اللهُ عليه بأن صار أمين بيتِ المال لدى فِرعون مصر ثم جاء إخوته طلبا لبعض الحبوب ، فعرفهم وعمل على استبقاء شقيقه لديه وذلك

(١) سورة يوسف ك ١٢ — ٧٢ .

بدسّ سِقَاية الملك أو صُوَاعِه[1] فى رحالهم ، حتى إذا انصرفوا بما طلبوا لحقهم من صاح بهم وهو لا يعرف ما صنع يوسف ـ إنكم لسارقون ! فأنكروا ، فقال لهم لقد فقدنا صُواع الملك ولِمَنْ جاء به حِملُ بعير من الحبوب ، وأنا به زعيمٌ وضمينٌ

ونعود إلى مُثُل الالتزام بإرادة واحدة . فنقول إن منها ما يرجع إلى ما يسمى فى الفقه بالجعالة (بتثليث الجيم) ، ومنها ما هى تصرفات أخرى ، تدخل تحت باب واحد من أبواب الفقه .

٣٩٧ – فمن الجعالة من يلتزم بجُعل أو أجر معين ، لمن يرد عليه دابته الشاردة أو متاعه الضائع ، أو من يبنى له هذا الحائط ، أو يحفر له هذه البئر حتى يصل إلى الماء ، إلى غير ذلك كله من الأعمال كالتزام مكافأة لأوائل الناجحين ، بشرط أن يكون العمل معينا وألا يضرب له الجاعل أو الملتزم أمداً معينا . والفقهاء يجعلونها « عقدا » جائزا غير لازم ومن الفقهاء ، كأبى حنيفة ، من لا يجيزها لما فيها من الغَرَر ، بالنسبة للملتزم وبالنسبة لمن يقوم بالعمل الذى لا يعرف مقدما كم يقتضيه من مجهود إن أمكنه فعلا القيام به[2] .

ومن الجعالة ما يفرضه الأمير مثلا على نفسه من جائزة للفائز الأول من المتسابقين فيما يحلّ فيه السباق ، أو التزام القائد بمبلغ معين أو جزء خاص من الغنيمة لأول مقتحم لحصن على العدو . ومنها ، التزام الوالد بأجر معين للطبيب الذى يشفى ابنه من هذا المرض ، أو للمعلم الذى يحفِّظ ابنه القرآن ، أو يخرِّجه فى الموسيقا[3] .

---

(١) فى القاموس الصاع والصواع المكيال الذى يكال به ، وأنه أيضاً الجام أى الإناء يشرب فيه ، وهذا هو المعنى الذى يراد هنا ليكون هو والسقاية شيئاً واحداً . وانظر القصة بتمامها ، وما فيها من الأحكام الفقهية ، فى كتاب أحكام القرآن للجصاص حـ ٣ : ١٧٤ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل للمواق ، حـ ٥ : ٤٥٢ وما بعدها ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤١٧ ؛ فتاوى ابن تيمية ، حـ ٣ : ٣١٣ ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٤٢٩ وما بعدها ؛ بداية المجتهد ، حـ ٢ : ٢٣٢ — ٢٣٣ .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ٢٠٦ ؛ ابن عابدين ، حـ ٥ : ٦١ ؛ القوانين الفقهية لابن جزى ، ص ٢٦٦ .

٣٩٨ — وبعد الجعالة ، نجد الالتزام بإرادة واحدة فى تصرفات أخرى ، نذكر طائفة منها ، وهى :

(١) الوقف ، كأن يقف إنسان هذه الأرض على إقامة مصنع للسلاح والذخائر الحربية ، أو على طلبة العلم بالأزهر ، أو يقف هذه الدار لتكون منزلا لمن يمر بهذه المدينة من الرحّالة المسلمين مثلا . أما لو قال وقفتها على فلان ، ثم على جهة خير عيّنها ، فإن عقد الوقف يتم أيضاً بإرادة الواقف وحده ؛ ولكن لفلان هذا ألا يقبل أن يكون مَصْرِفا له ، وحينئذ تكون وقفاً على جهة الخير التى عينها من أول الأمر .

(٢) والإبراء من الدين يتحقق بمجرد إبراء الدائن مدينه مما فى ذمته له من دين ، دون حاجة لقبول المدين ، إلا أن له أن يرُدّ هذا الإبراء ، حتى لا يُثقل نفسه بتحمل يد الدائن عليه . وذلك لأن معنى الإبراء تمليك الدين من المدين ، والإنسان لا يُملّك شيئاً جبراً عنه[١] . على أن لنا أن نقول من ناحية أخرى ، إن الإبراء فى حقيقته إسقاط لحق صاحبه ، فلا يحتاج إذاً للقبول من المدين .

وهذا هو مالاحظته المادة ٣٧١ من القانون المدنى الجديد التى تقول : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ؛ ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد بردّه » . وذلك ، أى عدم احتياج الإبراء للقبول وارتداده بالرد من المدين ، متفق — كما نرى — مع الفقه الإسلامى .

(٣) والهبة تتم متى التزم بها الواهب دون حاجة لقبول من الموهوب له ، وإن كان هذا لا يتملك ماوُهب له إلا بقبضه ، حتى جاز للواهب الرجوع فى هبته قبل القبض على أن من الفقهاء[٢] من شرط لتمام هذا العقد قبول الموهوب له ؛ وحينئذ تكون عقداً بالمعنى الخاص ، أى عقداً بين طرفين ، لا مجرد التزام من جانب واحد .

(١) راجع المادة ٥٦٨ من المجلة العدلية .

(٢) من هؤلاء الفقهاء الإمام زفر من الأحناف ، راجع البدائع حـ ٦ : ١١٥ .

(٤) والوصية ، هي كذلك التزام من الموصى بالنزول عن كذا من ماله بعد وفاته لفلان من الناس أو لجهة من جهات الخير ؛ فهي عقد بالمعنى العام يتم بمجرد صدوره من الموصى ، وينفذ متى كان الموصَى به لايزيد عن ثلث التركة ، أو زاد ، وأجاز الورثة هذه الزيادة .

(٥) واليمين ، مثل قول إنسان . والله لأتصدقنّ بكذا من المال ، أو لأعلّمنّ هذا الطالب النابه على نفقتى ، يجعل الحالف ملتزما بما حلف عليه ، فيجب عليه ديانةً القيام به .

(٦) والكفالة التزام من الكفيل بالدين بأدائه للدائن بدلا من المدين ، ولايتوقف على رضا الدائن أو المدين نفسه عند مالك وأبي يوسف من الأحناف ، فيكون التزاما من جانب واحد . وعند الطرفين ، أبي حنيفة ومحمد ، أن هذا عقد لايتم إلا بإرادة الدائن أيضاً وقبوله[1] .

ج — العقد بإرادة واحدة

٣٩٩ — رأينا فيما سبق أنه من اليسير تصور صدور الالتزام من جانب واحد ، وأن ذلك واقع فعلا فى الحياة العملية . وبعد هذا ، علينا أن نبحث هنا مسألة صدور العقد من جانب واحد وإرادة واحدة ، مع مانعرف من أن العقد ينشأ عن إيجاب وقبول كل منهما يعبر عن إرادة صاحبه .

ثم ، للعقد آثار يلتزم ببعضها الموجِب ، ويلزم ببعضها الآخر القابل ؛ مثل — فى حالة البيع والشراء — نزول البائع عن ملكية المبيع وتسليمه للمشترى ، ونزول المشترى عن ملكية الثمن ودفعه للبائع . وإذاً ، فلدينا بائع مملك للمبيع ومشترى

---

(١) راجع عند المالكية ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ، حـ ٣ : ٣٧٥ ؛ الشرح الصغير له أيضاً ، حـ ٢ : ١٧٢ . وفيهما أنه لا يشترط إذن المدين ، ويشترط على قول ، والرأى الأول هو ما فى المدونة وغيرها . وراجع عند الأحناف ، البدائع ، حـ ٦ : ٢ . وعند الشافعية لا يشترط رضا المكفول أو المضمون عنه قطعا ، وفى اشتراط رضا الدائن وقبوله قولان راجع نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٤٠٢ — ٤٠٣ . وعند الحنابلة لا يشترط قبول أو رضا الدائن أو المدين ، كشاف القناع حـ ٢ : ١٧٥ .

متملك له ، والأمر كذلك فى الثمن ولكن على العكس . وكل ذلك ، يحتم أن يكون العقد من طرفين ، لكل منهما إرادته وعبارته والتزامه ، لا من شخص واحد ليس له إلا إرادة واحدة . إذ لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مُملّكا ومتملكا فى عقد واحد وآن واحد ، وملتزماً التزامات متعارضة فى عقد واحد وآن واحد أيضاً .

٤٠٠ — من أجل ذلك كله ، ذهب الشافعى إلى أنه لا يصح ، عقلا ولا شرعاً أن يتولى العقد طرف واحد عن الجانبين ، سواء فى ذلك عقد البيع وغيره كالزواج إلا فى حالة الجدّ فقط ، فله أن يزوج حفيديه بعضهما ، و يتولى هو وحده العقد عن الطرفين ، وذلك للضرورة لأنه ليس هناك أحد فى درجته حتى يتولى زواجهما[1] .

والإمام زُفَر من الأحناف ، يشتد فى هذا أكثر من الشافعى ، فلا يجيز مطلقاً أن يتولى واحد طرفى العقد ، حتى فى حالة تزويج الجد لحفيديه ، قياساً للزواج على البيع ونحوه ، ولما جاء فى الأثر المروى عن الرسول من أن « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سِفَاح : خاطب وولى وشاهدَا عدل[2] » .

٤٠١ — أما الأحناف ، ما عدا زفر ، فيرون أن هناك فرقاً بين البيع ونحوه و بين الزواج . إنه فى الضرب الأول من العقود ترجع حقوق العقد وآثاره[3] للعاقد نفسه ، على حين أنها ترجع لصاحب الشأن نفسه فى الزواج ، فلا يكون من تولى العقد إلا سفيراً ومعبرا عنه . وإذاً ، فلا يصح فى عقد البيع ومثله أن يتولاه عاقد واحد ، إذ لا يتصور أن يكون شخص واحد مملكا ومتملكا ومطالِبَا ومطالَباً فى آن واحد . إلا أنهم يستثنون من ذلك بعض الحالات : مثل بيع الأب ، أو وصيه ،

(١) نهاية المحتاج ، حـ ٥ : ١٩٢ ، ١٩٣ ؛ الزيلعى ، حـ ٢ : ١٣٢ — ١٣٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، حـ ٢ : ٤٢٧ — ٤٢٨ .

(٢) فتح القدير ، حـ ٢ : ٤٢٧ ؛ الزيلعى ، حـ ٢ : ١٣٣ . وهذا الأثر ، إن صح ، يشهد للشافعية بخاصة ، إذ يقولون : « لا تزوج امرأة نفسها ، ولو بإذن وليها » ، نهاية المحتاج حـ ٥ : ١٧٢ .

(٣) مثل تسليم المبيع وتسلم الثمن فى عقد البيع ، والمخاصمة عند النزاع فى هذه السبيل .

أو الجدّ ، مال الصغير من نفسه ، أو شرائه لنفسه ، على التفصيل الذى ستعرفه فى بحث « الولاية » فيما يأتى[1] .

لكنّ الأمر فى الزواج غير ذلك ، مادام العاقد ليس إلا سفيراً عن الأصيل ومعبراً عنه ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين بصفتين مختلفتين[2] ؛ ولهذا يجوز أن يتولى العقد شخص واحد عن الطرفين ، ثم يرجع حكم العقد وحقوقه وآثاره إلى الأصيلين : الزوج والزوجة .

٤٠٢ — ويستدل الأحناف أيضاً لمذهبهم بما رواه البخارى ، وهو أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إلىّ ؟ قالت : نعم ، قال : تزوجتك . فهذا عقد زواج تم بتعبير واحد ، وكذلك يستدلون بما رواه أبوداود فى سننه عن عقبة بن عامر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم : فزوج أحدهما من صاحبه[3] .

ومن ثم ، قالوا بأن لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ، وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه ، وقد استدل بما رأينا . كما أنه لأى إنسان أن يتزوج بعبارة واحدة يصدرها هو ، من أذنته فى تزويجها من نفسه ، خلافاً لزفر والشافعى فى ذلك كله[4] .

٤٠٣ — و إذا صح عند الأحناف أن يتولى عقد الزواج عاقد واحد عن الطرفين فإن لذلك صوراً مختلفة ، وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى ما نصه :

« وأما بيان أن النكاح ينعقد بعاقد واحد ، أو لا ينعقد إلا بعاقدين ، فقد اختلف فى هذا الفصل . قال أصحابنا : ينعقد بعاقد واحد إذا كانت له ولاية

---

(١) وراجع أيضاً ، فتح القدير ، حـ ٢ : ٤٢٨ ؛ البدائع ، حـ ٢ : ٢٣٢ .

(٢) ولذلك مثل أخرى ؛ منها أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه ، ووكيلا عن غيره أو وليا لغيره ، أو يكون وكيلا عن طرفى العقد معا فى بيع شىء معين محدد وشرائه .

(٣،٤) البدائع ، حـ ٢ : ٢٣١ — ٢٣٢ ؛ الزيلعى ، حـ ٢ : ١٣٢ ؛ فتح القدير ، حـ ٢ : ٤٢٧ ؛ ابن عابدين ، حـ ٢ : ٣٣٥ — ٣٣٦ . وراجع نهاية المحتاج ، حـ ٥ : ١٩٣ ، فى عدم جواز تزويج ابن العم بنت عمه التى تحت ولايته من نفسه عند الشافعية .

من الجانبين ؛ سواء ولايته أصلية كالولاية الثابتة بالملك والقرابة ، أم دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة ؛ بأن كان العاقد مالكا من الجانبين ، كالمولى إذا زوج أمته من عبده أو كان وليا من الجانبين ، كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير بنت ابنه الصغيرة ، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير ؛ أو كان أصيلا ووليا ، كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه . أو كان وكيلا من الجانبين أو رسولا من الجانبين ، أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر ، أو وكلت امرأة رجلا ليزوّجها من نفسه ، أو وكل رجل امرأة لتزوج نفسها منه ، وهذا مذهب أصحابنا الثلاثة ، وقال زُفَر لا ينعقد النكاح بعاقد واحد أصلا ، وقال الشافعي إلا إذا كان وليا من الجانبين[1]

٤٠٤ — وفى الفقه الحنبلى نجد توسعا أكثر من الفقه الحنفى فى مسألة قيام إرادة واحدة من شخص واحد بعقد العقد . إن الحنابلة كالأحناف فى جواز تولى واحد عقد الزواج ، وفى تعدد صُور هذه الحالة[2] . إلا أن ابن حنبل لا يجعل ذلك مقصوراً على الزواج فقط ؛ بل يجوز عنده أن يتولى عقدَ البيع ، ونحوه من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة مثلا ، عاقد واحد عن الجانبين كالوكيل عن الطرفين وذلك لأن حقوقه وآثاره ترجع للموكل صاحب الشأن نفسه حتى فى عقود المعاوضات[3] . ولهذا ، يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا فى الدعوى عن المدّعِى والمدَّعَى عليه ؛ فيدعى عن أحدهما ، ويجيب عن الآخر ويقيم حجة كل واحد منهما.[4]

ونحن نرى أن توكيل شخص واحد عن المدعى والمدّعَى عليه فى قضية واحدة أمر لا يستقيم عادة ولا عقلا ، وتكون نتيجته — إن وقع فعلا — ضرر أحد

---

(١) البدائع ، حـ ٢ : ٢٣١ . وانظر أيضاً ، الزيلعى وحاشية الشلبى عليه ، حـ ٢ : ١٣٢ — ١٣٣ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٢ : ٣٣٤ .

(٢) كشاف القناع ، حـ ٣ : ٣٥ .

(٣) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٨ . ونحن نرى أن نظرة الأحناف أدق ، حين ذهبوا إلى أن حقوق العقد فى المعاوضات ترجع للوكيل ؛ لأن الإنسان يوكل غيره ليقوم عنه بعناء العمل ، وبما قد يترتب عليه من آثار وخصومات ، حتى يتم له الوصول إلى غرضه من العقد .

(٤) المرجع نفسه حـ ٢ : ٢٣٩ .

الطرفين . فالمرء لا يكون مُمَثِّلا حقّ التمثيل لأحد الطرفين فى قضية ، ويقوم بما يجب لصالحه ، إلا إذا وضع نفسه موضع موكله حقا فكأنه هو ، وبذلك يتشوّف ويستلهم كل ما يفيده دون خصمه . نعم ! نوافق على أن يكون الشخص الواحد مُحكَّما مثلا فى صلح عن الطرفين ؛ ولكن هذا شيء ، والدعوى أمام القضاء شيء آخر لما تتطلبه عادة من الإلحاح فى الخصومة .

٤٠٥ — بقى بعد ما تقدم كلّه ، بحث : هل يتولى فُضُولىّ واحدٌ عقد الزواج عن الطرفين ، أو لا يصح ؟ وهنا نجد من صاحب « تنوير الأبصار » وشرحه « الدر المختار » ، وابن عابدين فى تعليقه عليها ، التصريح بأن هذا لا يجوز ، ونذكر ما جاء عن ذلك بنصّه : ويتولى طرفى النكاح واحد بإيجاب يقوم مقام القبول فى خمس صور . . . ، ليس ذلك الواحد بفضولى ولو من جانب ، وإن تكلم بكلامين على الراجح ؛ لأن قبوله غير معتبر شرعاً ، لما تقرر أن الإيجاب لا يتوقف على قبول غائب[1] » .

ويراد هنا بكلمة : « على الراجح » ، الإشارة إلى رأى أبى يوسف ، وهو أن عقد الزواج الذى عقده عن الطرفين فضولى ينعقد موقوفاً على إجازتهما ، خلافاً لأبى حنيفة ومحمد . أما لو قبل الزواج بالمجلس فضولى آخر ، فإن الزواج ينعقد موقوفاً بلا خلاف بين الأئمة الثلاثة[2] .

٤٠٦ — وأخيراً ، من الحق أن يقال إن الأصل والقياس فى الفقه الإسلامى ألا ينعقد العقد بإرادة واحدة عن طرفيه ، فذلك ما لا يتفق — كما قدمنا — مع طبيعة العقد وما يرتبه من آثار متعارضة بالنسبة لكل من الجانبين . ولكن الحاجة واعتبار المصلحة جعلا بعض الفقهاء يجيزون ذلك استثناء من ذلك الأصل

(١) حـ ٢ : ٣٣٤ — ٣٣٥ .

(٢) البدائع ، حـ ٢ : ٢٣٢ — ٢٣٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، حـ ٢ : ٤٣٠ — ٤٣١ ؛ الزيلعى ، حـ ٢ : ١٣٣ — ١٣٤ .

العام ؛ وإلا لوقع الناس فى الحَرَج ، ولم يكن من الممكن أحياناً صدور ما يحتاجون إليه من عقود فيها الخير لطرفيها .

كما أنه قد يقال ، من ناحية أخرى ، إن هذه الإرادة الواحدة لمن يقوم بالعقد عن الجانبين تتمثل فيها إرادتا الطرفين معا ، نعم ! يقال ذلك من باب التحليل العميق ، والتجريد المنطقى ، ولكن الواقع العملى يُرينا أنه ليس أمامنا فى هذا العقد إلا إرادة واحدة هى التى بها نشأ العقد وصار موجودا .

ذلك موقف رجال الفقه الإسلامى فى هذه المسألة ؛ وهو يتلخص فيمن يضيق من انعقاد العقد بإرادة واحدة ، وفيمن يوسع إلى حد كبير ، وفيمن يقف موقفاً معتدلا بين هذين الطرفين .

٤٠٧ — وقد أخذت المسألة هذه الأهمية الكبيرة لدى رجال فى الشرائع الغربية « فمنها ما يحرِّم فى الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ؛ كالقانون الألمانى ، والمشرع الفرنسى الإيطالى ، والشريعة الإسلامية ، والشريعة الإنجليزية والقانون المصرى الجديد ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسرى ، والقانون الفرنسى ، والقانون المصرى القديم ، ولكن ، لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة ؛ فالشرائع التى حرَّمت تعاقد الشخص مع نفسه ، أباحته فى فروض معينة ؛ والشرائع التى أباحته ، حرمته فى ظروف استثنتها ، وكان من شأن التوسع فى الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التى تحرِّم من الشرائع التى تبيح[1] »

ونقول بعد هذا ، إن ذهاب القانون المصرى الجديد إلى أن الأصل تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ، كما يظهر من المادة ١٠٨ وغيرها ، من شأنه ألا يُيسر التعامل بين الناس ، وإن كان — من ناحية أخرى — فيه حرص على إبعاد ما قد يلاحظه من يقوم بعقد العقد بإرادته وحدها لصالحه الخاص دون صالح صاحب

---

(١) الوسيط للأستاذ السنهورى ، ص ٢٠٢ .

الشأن ، ولعل لما نحس ونرى من ضعف الأخلاق والثقة بين النـاس ، والميل مع الهوى ولو على حساب الغير ، سبباً فى تغير نظرة القانون المصرى الجديد بهذه المسألة عن نظرة القانون القديم لها .

النية واللفظ فى العقود

هذا هو البحث الأخير من المباحث التى تندرج تحت عنوان تـكوين العقد ، وبعده نأخذ فى الـكلام على شروط العقد من مختلف نواحيه .

٤٠٨ — إذا كان العقد — كما علمنا — هو توافق إرادتين على وجه ينتج أثره الشرعى ، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين ، يكون من اللازم أن يكون التعبير الذى يستعمله كل منهما فى الإيجاب والقبول معبراً تماماً عن إرادته ، وحينئذ يكون له الأثر المطلوب .

ذلك أن إرادة الإنسان هى — كما نعرف — أمر باطن فى نفسه ، فلا يمكن أن يدور الحكم عليها فى إنشاء الالتزامات والعقود ما دامت مُسْتكنّة لم تظهر ، بل الحكم ينبى على مظهر هذه الإرادة من قول أو فعل يدل عليها . ولهذا كما يقول ابن تيمية ، « إذا نوى [رجل] طلاق زوَجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق باتفاق العلماء[1] . » وإذا باع إنسان داراً إلى آخر ، وفى نيته أنه غير ضامن لما قد ينشأ من استحقاق الغير لها أو لحق عينيٍّ عليها ، لم يكن له إلزام المشترى بما نوى ما دام لم يُظْهِره عليه حين العقد وهكذا ، إلى كثير من الأمثلة الأخرى .

٤٠٩ — وإذا كان الحكم يتبع — كما قلنا — كلام المتعاقدين الذى به نشأ العقد ، فما هذا إلا لأنه الدليل الصادق على إرادة كل منهما . ولـكن ، ربما لا يكون الأمر هكذا ، إلا إذا كانت العبارة موافقة تماماً لما يريد ومعبرة عنه ، على حين أن هناك حالات كثيرة أخرى لا يكون فيها الأمر كذلك ، ويتضح هذا مما يلى :

---

(١) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ، ص ٥٤٧ .

١) قد تفيد العبارة الالتزام و إنشاء العقد ، ولـكن من صدرت منه لا يفهم أنها تدل عليه فهو إذاً لا يقصده طبعاً .

٢) قد يفهم أنها تفيد الالتزام ، ولـكنها صدرت عنه خطأ أو هزلا ، أو عن غير وعى و إدراك لها

٣) و يحدث أن تـكون العبارة تفيد الالتزام ، وصدرت عنه قصداً ، غير أنه لا يريد إنشاء أى التزام أو عقد بها

٤) قد تصدر عنه العبارة المفيدة للالتزام و إنشاء العقد ولـكنه كان مكرها عليها

٥) وقد يستعمل العاقد تعبيراً يدل بوضعه اللغوى على إنشاء عقـد خاص ، ولـكنه يريد به إنشاء عقد آخر

٦) وربما يحدث أن يجعل أحد المتعاقدين العقد وسيلة لغرض غير مباح شرعا .

الحالة الأولى : قد تفيد العبارة الالتزام وإنشاء العقد ولكن من صدرت منه لا يفهم أنها تدل عليه فهو إذا لا يقصده طبعا

٤١٠ — هنا ، يقضى المنطق الصحيح ألا تعتبر هذه العبارة ، إيجابا أو قبولا ، لأنها لا تعبر عن إرادة من صدرت عنه ما دام لا يفهم معناها إلا أن لبعض العقود طبيعة خاصة تناسب ما لها من خطر ، فهى لذلك تنعقد فى رأى بعض الفقهاء ممن يردد الألفاظ التى تفيد عقدها ولو لم يفهم لها معنى ، أما غير هذا الضرب من العقود فلا قيمة للتلفظ بتعبير لا يفهم له صاحبه معنى ، فلا يترتب عليه أى أثر شرعى .

جاء فى فتح القدير فى بعض ما ذكره من فروع فى كتاب النـكاح : لو لُقِّنت امرأة « زوجت نفسى » بالعربية ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج ، والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون ، صح ، كالطلاق ، وقيل ؟ لا ، كالبيع ، كذا فى الخلاصة . ومثل هذا فى جانب الرجل ، إذا لُقِّنه ولا يعلم معناه . وهذا فى جملة مسائل : الطلاقَ والعتاق والتدبير والنـكاح والخُلْع . . ، قال قاضيخان : ينبغى أن يكون النـكاح كذلك ، لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد . فلا يشترط فيما يستوى

فيه الجِدُّ والهزل ، بخلاف البيع ونحوه ، وكذا المديون إذا لقّن ربَّ الدين لفظ الإبراء ، لا يبرأ »[1]

وذكر ذلك علاء الدين الحصكفي المتوفى عام ١٠٨٨ هـ وهو صاحب الدر المختار ، فى كتاب النكاح إذ يقول[2] : ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوى فيه الجدُّ والهزل ، إذ لم يحتج لنية ، به يفتى »

ونحن نقول : إنه لخطر عقد الزواج ، ولما يقوم عليه من حياة خاصة ونظام الأسرة ، يجب ألا نأخذ بهذا الرأى ، بل يشترط أن يكون الموجب والقابل كلاهما فاهمين لما يصدر منهما وقاصدين لإنشاء العقد حقا[3] ، ومن أجل ذلك لا نستطيع أن نوافق على ما ذكرناه عن هذه الكتب المعتبرة فى المذهب . وليست هذه المسألة من قبيل عقد العقد هازلا ، لأن الهازل يعرف معنى ما يقول إلا أنه لا يعنيه .

الحالة الثالثة :

٤١١ — وفى هذه الحالة ، وهى حالة النائم والمجنون والصبى غير المميز ونحوهم ، يكون كل من الإيجاب والقبول عبارات مهملة لا أثر لها مطلقاً فى إنشاء أى عقد أو التزام ، وذلك لانتفاء إرادة القصد إلى إنشائه ، وحالة السكران كذلك ، أى أن سكره يجعله لا يعى ما يقول فلا يقصده طبعاً . إلا أن جمهرة الفقهاء رأوا مؤاخذته بما يصدر منه ، عقاباً وزجراً له ولأمثاله ، ورتبوا على ما يصدر منه من تعابير ، الآثار التى تلزمها شرعاً ، سواء فى ذلك عقودُ البيع وغيرُها .

من هؤلاء الفقهاء أبو جعفر الطحاوى الحنفى المتوفى عام ٣٢١ هـ ، إذ يقول :

---

(١) حـ ٢ : ٣٤٩ .

(٢) ابن عابدين ، حـ ٢ : ٢٧٤ — ٢٧٥ .

(٣) وانظر السيوطى ، الأشباه ص ١٤٠ ، عندما يقول فى عدم صحة بيع وشراء السكران : « لأنه لا يعلم ما يعقد عليه ، والعلم شرط فى المعاملات » . وراجع فى مثل ذلك ، المغنى لابن قدامة الحنبلى حين يعلل عدم صحة عقد الزواج من الأخرس بإشارته التى لا تفهم بقوله : « ولأن النكاح عقد بين شخصين ، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه » ، حـ ٦ : ٥٣٤ .

« وطلاق المجنون كذلك [أى باطل] ، وطلاق السكران جائز عليه » . ثم يقول فى موضع آخر : « وطلاق السكران وعتاقه وأفعاله كلها وأقواله ، كأفعال الصحيح وكأقوال الصحيح إلا الردّة فإن زوجته لا تبين منه بهذا »[1] .

٤١٢ — و بجانب هؤلاء ، يرى آخرين من الشافعية وغيرهم يجعلون السكران كالمُغمى عليه أو المجنون فلا يؤاخذ بكلامه ، كما يفرقون بين سكره بمحرم أو حلال وزوال حِسِّه وعقله بالبِنْج ونحوه ؛ فهو فى الأول مؤاخذ بأقواله عقاباً وزجراً له ، وفى الثانى كلامه غير معتبر لأنه لا محل للعقاب . وكذلك يفرقون بين السكران مكرهاً أو مختاراً ؛ فلا قيمة لما يصدر عنه فى الأول ، وهو كالصاحى فى الثانى .

وهناك تفرقة من ناحية أخرى رآها بعض العلماء ، وهى التفرقة بين الأقوال والأفعال من ناحية ، و بين ما له وما عليه من ناحية أخرى . فمنهم من رأى أنه مكلف فى أقواله وأفعاله كلها ، ما له وما عليه ؛ ومنهم من رأى أنه فى قوله غير مكلف فى أقواله كلها كالطلاق والبيع والشراء وغيرها ، وأنه فى أفعاله كالقتل والقطع وغيرها مثل الصاحى بلا خلاف ؛ لقوة الأفعال ، ومنهم من ذهب إلى أن ما يصدر منه من طلاق وعتاق وجنايات صحيح على قول ، وأما البيع والشراء وسائر عقود المعاوضات فلا تصح بلا خلاف ؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه والعلم شرط فى المعاملات ، ومنهم أخيراً ، من صحح ما يصدر عنه إذا كان عليه — كالإقرار والطلاق والضمان — زجراً وتغليظاً ، دون ما يكون له كالزواج . وما يكون له من وجه وعليه من وجه آخر ينفذ عقوبة وزجراً له أيضاً[2] .

---

(١) النقل الأول ص ١٩١ ، والثانى ص ٢٨٠ ، وكلاهما من مختصر الطحاوى وانظر أيضاً المختار وابن عابدين ، حـ ٢ : ٤٣٤ وما بعدها ، فى حالات السكر والخطأ والجنون والعته والإغماء والدهشة والصبى . وانظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٣ : ١٢ ، فى حالة السكر إذا كان متعديا به .

(٢) راجع الأشباه لابن نجيم الحنفى ، ص ١٧١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطى الشافعى ، ص ١٤٠ — ١٤١ والمالكية يفرقون بين السكر بمحرم أو غير محرم ، الشرح الكبير للدردير حـ٣ : ٦ .

ونحن نذهب إلى عدم صحة عقود السكران ، وإن كان سكره بمحرّم ؛ لأنه لا يدرى ما يقول ، فهو إذاً لا يقصده ولا يريده ، وذلك شرط فى العقود ؛ لما أن أساسها هو التراضى ، ولأن — وهذه ناحية أخرى — للسكر جزاءه الدنيوى ، لو أقمنا شريعة الله وحدوده ، والأخروىّ أيضاً ، فلا نجد معنى لتحميل من يقترف هذا الإثم جزاء آخر تضطرب به العقود والمعاملات بين الناس ، وبهذا الرأى ، فيما يختص بالطلاق ، أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، إذ جاء فى المادة الأولى من المرسوم ٢٥ عام ١٩٢٩ م : « لا يقع طلاق السكران والمكرَه » .

٤١٣ — وقد ألحق الشافعية بأولئك الذين لا يدركون ما يقولون ، مَنْ تلفَّظ خطأً بتعبير كان يريد التلفظ بغيره فسبق لسانه للأول ، هذا المخطىء لا يترتب على خطئه اللسانى أى أثر ، فلا ينشأ عنه عقد أو التزام عند الفقهاء الشافعية ، ولكن الأحناف لا يرون هذا الرأى . إنهم يقولون : إن الإرادة أمر باطنى لا نعرفها إلا بما يصدر عن صاحبها من قول يدل عليها ؛ فإن قبلنا دعوى الخطأ فى التعبير ممن يدعيه ، فربما كان هذا عوناً ظالما منّا على إضاعة حق مَن ثبت له الالتزام بما صدر عن الطرف الآخر من تعبير[1] .

وهذا الخلاف بين الشافعية والحنفية ، فى هذه الناحية ، نراه أيضاً فيما يصدر من تعبيرات غفلةً عن معناها أو نسيانا ، من أنها من جهة اللغة تفيد الالتزام وإنشاء العقود ؛ فقد رتب الأحناف عليها آثارها الشرعية ، وأهملها الشافعية فلم يجعلوا لها أى وزن أو تقدير[2] .

٤١٤ — بقى من أمثال الحالة الثانية التى نحن بصددها ، حالة الهازل الذى يدرك ما يقول ، إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أى أثر . وهنا نجد الشافعية قد عُنُوا بالناحية الظاهرية ، على عكس رأيهم فى حالة الخطأ ! ، دون القصد الصحيح

(١ ، ٢) راجع الأحناف ، ابن عابدين حـ ٢ : ٤٣٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٦ — ١٦٧ . وراجع عند الشافعية ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٢٤ وما بعدها .

الذى لا يعلمه إلا صاحبه ، وذلك حتى لا يضطرب ما يجرى بين الناس من عقود ومعاملات . ومن ثمّ ، نراهم لا يقيمون وزناً لما يزعمه أحد الطرفين من أنه كان هازلا لا يعنى ما تدل عليه عبارته من إنشاء التزام و إبرام عقد[1] .

وفى مقابل الشافعية ، نجد الحنفية والمالـكية والحنابلة يفرقون بحق بين الجِد والهزل . فنى الأول يكون للتعبير عن الإرادة أثره ، ما دام صاحبه يقصد منه الدلالة على إرادته الباطنة ؛ وفى الهزل فى الإيجاب أو القبول لا يجعلون للتعبير أثراً إذا قام الدليل على أن صاحبه كان هازلا حقيقة لا جادًّا ، وذلك لانتفاء أساس الالتزام والعقد وهو القصد والإرادة[2] .

وهذا المذهب سائد عند بعض المالـكية فى جميع العقود ؛ من بيع أو إجارة أو رهن أو نحوها من حقوق العباد ، وكذلك فى العقود التى فيها حق لله تعالى ، مثل الزواج والطلاق والعتاق . على حين أن غيرهم من رجال المذهب ، وكذلك الأحناف والحنابلة جميعاً ، لا يرون هذا الرأى إلا فى العقود المالية وما فى حكمها كالبيع ونحوه . أما الزواج والطلاق والرجعة والعتاق واليمين ، فقد استثنوها من القاعدة العامة ، وجعلوا الهزل فيها كالجِد ، إذ لا ينبغى الهزل ولا يقبل فيما فيه حق لله تعالى[3] .

٤١٥ — هذا ، وللهزل صور كثيرة : منها ما لا خطر له ويقع كثيراً تحت

---

(١) نشير هنا إلى أن رجال القانون أيضاً انقسموا فى هذه المسألة ؛ فنهم (المدرسة الألمانية) من يأخذ كالشافعية بالإرادة الظاهرة ، ومنهم (المدرسة الفرنسية) من يأخذ بالإرادة الباطنة ، والقانون المصرى مال نحو المذهب الأول . راجع الوسيط للأستاذ السنهورى ، ص ١٧٩ وما بعدها ؛ مذكرة الالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ص ١٧٨ وما بعدها ، ففيه زيادة تفصيل وتحقيق .

(٢، ٣) راجع عند الأحناف ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين حـ٢ : ٤٣٤ فى النكاح وحـ٤ : ٧ فى البيع . وراجع عند الشافعية والمالـكية والحنفية أيضاً ، فتاوى ابن تيمية حـ ٣ : ٤٦ وما بعدها نهاية المحتاج ، حـ ٦ ٨٢ ؛ الشرح الـكبير للدردير وحاشية الدسوقى ، حـ ٣ : ٣ — ٤ ؛ كشفاف القناع ، حـ ٢ : ٥ — ٦ .

السمع والبصر ، فلا حاجة للتعرض له ؛ ومنها صور بعضها نادر ، ولكن لها جميعاً خطرها ، فيجب لهذا تناولها بالبحث بصفة خاصة ، وهي :

ا) ما يفعله البعض في عقد الزواج ، من الاتفاق سراً على مهر معين ، ثم يذكرون جهراً حين العقد أمام الناس مهراً أكثر من الأول ، طلباً لحسن السمعة كما يزعمون .

ب) أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر ببيعه لثالث فراراً منه ، ويتم العقد مستوفياً ظاهرياً أركانه وشرائطه ، وهذا مايسمى ببيع التَّلْجِئة .

حـ) أن يتفق البائع والمشترى على زيادة الثمن زيادة صورية ، حيلة لمنع الشفعة عن صاحب الحق فيها .

في هذه الصور وأمثالها ، لا يكون لما صدر هزلاً أى قيمة أو أثر إلا عند الشافعية الذين ، كما عرفنا ، يميلون للارادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة الحقيقية .

وإذا فعقد الزواج الذى صدر جهراً بمهر يزيد عن المتفق عليه سراً ، لايجب به إلاّ المهر المتفق عليه سراً[1] أماعقد الزواج فقد وقع صحيحاً بلا خلاف ، لأن المتعاقدين كانا جادَّيْن فيه ، ولكن الهزل كان في قيمة المهر فقط .

على أن الهزل لو كان في العقد نفسه ، لَمَا أبطله ؛ لأن فيه حقّ الله تعالى فلا يؤثر فيه الهزل عند الجميع . وفى هذا ، يقول الكمال بن الهمام في شرحه لكتاب الهداية[2] « وأما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه ، فلا يُلتفت لقصده عدمَ الحكم » ثم جاء في الحديث : « ثلاث جِدّهن جدّ وهزلهن جدّ ، النكاح والطلاق والرجعة » ، وفى رواية : « والعتاق » بدل « الرجعة » وفى رواية أخرى اليمين بدل الرجعة » .

---

(١) ابن عابدين ، حـ ٢ ، ٣٧٩ . وراجع عند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ٢ : ٢٤ ، وفيه أن مهر السر وثمن السر هو المعتبر .

(٢) فتح القدير ، حـ ٢ ، ٣٤٨ .

٤١٦ — وبيع التَّلْجئة ليس له من البيع إلا صورته ، فلا قيمة له ، وإن كان يُلْجأ إليه حين الاضطرار ، وفيه يقول صاحب الدر المختار : « وهو أن يُظهرا عقداً وهما لا يريدانه ، يُلْجأ إليه لخوف عدو ، وهو ليس ببيع على الحقيقة ، بل كالهزل »[1] والبيع « لا ينعقد بلفظ : بعت هزلا »[2] .

ولكن ، نجد لابن قدامة الحنبلي ، بخصوص هذا الضرب من البيع ، هذا النص « بيع التلجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح ؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مُفسد ، فصح ؛ كما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقدا البيع بلا شرط . ولنا أنهما ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما ، كالهازلين »[3] .

٤١٧ — وحكاية أن أبا حنيفة يرى مع الشافعي صحة هذا البيع ، أمر مشكل إذا لاحظنا ما نقلناه سابقاً من أن الأحناف جميعاً يرون أن هذا العقد غير صحيح ، لأنه لم يكن تعبيراً حقيقياً عن إرادتي طرفيه . وهنا ، نعتقد أن هذا الإشكال قد يزول إذا تدبرنا تحليلا جيدا قام به صاحب المنار وشرحه ، إذ جاء به بعد بيان أن التلجئة والهزل بمعنى واحد ، ما ملخصه :

فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع ، واتفقا على بناء العقد على هذه المواضعة ، يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم . وإن اتفقا على الإعراض ، بأن قالا بعد البيع قد أعرضنا حين البيع عن الهزل إلى الجد ، فالبيع صحيح والهزل باطل . وإن اتفقا على أنهما حين البيع لم يحضرهما شيء من البناء على الهزل أو الإعراض عنه ، أو اختلفا : فقال أحدهما قد بنينا العقد على ما كنا تواضعنا عليه من الهزل ، وقال الآخر قد أعرضنا عن ذلك إلى الجد ، فالعقد صحيح في الحالين عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه ؛ إذ جعل الإمام صحة الإيجاب أولى ، لأن الصحة هي الأصل في العقود ، وهما اعتبرا

---

(١) ابن عابدين ، وكتاب الدر بهامشه ، حـ ٤ : ٢٥٥ .
(٢) فتح القدير ، حـ ٥ : ٧٦ .
(٣) المغني ، حـ ٤ : ٢١٤ .

المواضعة على الهزل أولى ؛ لأن بناء العقد عليها هو الظاهر ، إلا أن يوجد ما ينقضها وهو الاتفاق على الإعراض عنها » . . . إلى آخر ما جاء عن تلك المسألة[1] .

ومن ذلك نرى أن أبا حنيفة لم يخالف صاحبيه قائلا بصحة عقد بيع التلجئة بإطلاق ، بل رأى هذا فى بعض الحالات التى بيّناها . ولكلٍّ وجهة هو مولّيها . وعلى كل حال ، فالمسألة بحاجة لمزيد من البحث والتأمل .

٤١٨ — وأخيراً ، الزيادة فى الثمن زيادة صورية لمنع الشفيع ، لا اعتبار لها ، بل الثمن الذى يؤخذ به هو الثمن الحقيقى المتفق عليه سرا ، لا الصورى الذى عقد عليه العقد جهراً ، عند الأحناف وغيرهم ؛ إذ هذه الزيادة تعتبر هزلا فى العقد ، ولا اعتبار للهزل فى هذا العقد وأمثاله من عقود المعاوضة حسب أصولهم ، وبخاصة والأصل فى الشفعة هو أن يتملك الشفيع العقار المبيع جبراً عن المشترى بما قام عليه .

وفى الأمر ناحية أخرى يجب ألا نُغفلها ، وهى أن الهزل فى غير هذه الحالة لا يتناول بالضرر إلا طرفى العقد فقط أو أحدهما ، أى لا ينال آخر أجنبياً عن العقد ومع هذا يرى جمهرة الفقهاء عدم اعتبار كلام الهازلين . أما الأمر فى الشفعة ، فهو أجل خطراً لأنه احتيال ظالم من المتعاقدين معا غير مشروع ، احتيال على إسقاط حق الشفيع الثابت له شرعاً لحكمة جليلة ، فليس للشريعة أن تعين عليه باعتبار تلك الزيادة فى الثمن إذ لن يكون أمام الشفيع فى هذه الحالة إلا أحد أمرين : الإقدام على الأخذ بالشفعة ودفع هذه الزيادة ظلماً ، وفى هذا أكلٌ لماله بالباطل ؛ أو ترك الشفعة مُرْغماً ، وفيه ضياع حقه الذى أوجبته له شريعة الله . وإذاً ، يكون من المتعيِّن استبعاد تلك الزيادة فى الثمن ، وألا يدفع الشفيع متى قضى له بالشفعة إلا الثمن الحقيقى الذى وقع عليه العقد وما يتبعه من تكاليف أخرى حقيقية لا شك فيها .

---

(١) كشف الأسرار ، شرح المصنف على المنار ، حـ ٢ : ٢٩٣ — ٢٩٤ . وراجع ذلك أيضاً فى ابن عابدين ، حـ ٤ : ٢٥٥ ، ملخصاً عن المنار وشرحه . وانظر كشاف القناع حـ ٢ : ٥ ففيه أن بيع التلجئة باطل وإن لم يصرحا فى العقد بأنه تلجئة متى دلت الحال أنه كذلك ، وهذا شبيه برأى الصاحبين .

٤١٩ — هذا ، وقبل أن ننتقل من حالة الخطأ والهزل إلى الحالة التى تليها ، نذكر أن هناك ضرباً من الخطأ أو الغلط يجب التَّنَبُّه إليه و بيان حكمه وآثاره . هذا الغلط لا يكون فى صورة التلفظ خطأ بعبارة تدل على الالتزام وهو لا يقصدها و إنما يقصد عبارة أخرى . بل هذا الخطأ يكون فى الحساب المترتب على العقد نفسه ، بعد إرادة إنشاء العقد من الطرفين .

لقد جاء فى كتاب « القُنْية » لنجم الدين القزمينى المتوفى عام ٦٥٨ هـ ، أن لو حصل غلط فى الحساب فدفع المشترى ثمناً أقل مما يجب وقبله البائع ، صح البيع وكان ما دفع هو الثمن ، وليس للبائع المطالبة بالفرق . وقد مثل لذلك بصورتين ، إحداهما أنه لو اشترى قدراً من الحِنطة بستمائة درهم ، وحدث غلط عند الحساب فلم يطالب البائع إلا بخمسمائة ، ثم ظهر الغلط لا يلزمه إلا خمسمائة . والصورة الثانية : أن جزاراً اتفق مع صاحب غَنَم على شراء أر بع شياه أفرزها بخمسة دنانير ، كل واحدة بدينار ور بع ، فجاء الجزار بأر بعة دنانير وقال للبائع : هل بعت بهذا القدر ؟ فقال البائع : نعم ، وهو يعتقد أنها خمسة ، صح البيع ؛ ثم قال صاحب الكتاب : « وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ما سبق ، أى أن كل واحدة بدينار ور بع » .

٤٢٠ — ذلك ما جاء فى « القنية » ومعناه أن الخطأ فى الحساب لا يمنع من صحة العقد ، وأنه لا يُسْتَدْرَك ، لأن المعتبر ، كما يقول ابن عابدين : هو ما وقع عليه العقد ، و إن ظن البائع أو المشترى أنه أقل أو أكثر[1] .

لكن المادة ١٢٣ من القانون المدنى الجديد ، توجب تصحيح الغلط فى الحساب و إن كان لا يؤثر فى صحة العقد . ونحن نرى أن هذا رأى حق ، لأن العدل يقضى بوجوب استدراك الغلط غير المقصود ، والله تعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ؛ وطبعاً

---

(١) كتاب القنية مخطوط بمكتبة الأزهر ، رقم ٦٣٨ فقه حنفى ، والنقل عن حاشية ابن عابدين جـ ٤ : ٣٢

لا يرضى هذا الخطأ فى الحساب من لم يكن فى مصلحته ، كما ينبغى ألا يرضاه الطرف الآخر أيضاً .

الحالة الثالثة:

٤٢١ — ليس الأمر هنا ، أمر تعبير نائم أو ساه أو ناس أو هازل أو مخطىء ، أو نحو هذا كله . ولكنه أمر من يتلفظ بتعبير ينشأ عنه عادة التزام أو عقد معين ، وهو يفهم ذلك ويقصد أن يتلفظ به ، ولكنه لا يقصد إلى إنشاء أى عقد أو التزام .

ومن مُثل هذه الصورة ، ما يضطر إليه الذين يقومون بالفقه تعلُّماً وتعليما ، فيردد الواحد منهم أحياناً — فيما يقرأ أو فى درسه — عبارات من شأنها أن تفيد إنشاء التزام أو عقد . ومثل ذلك ، حالة الذى يتعلم لغة من اللغات ، فيضطر أيضاً لترديد أمثال تلك العبارات ، كما عرفناه بأنفسنا . وهنا ، لا يمكن إلا أن يُهْدِر الفقه هذه العبارات فلا يرتب عليها أى أثر ، لأن من تصدر عنه لا يقصد منها مطلقاً إنشاء أى عقد أو التزام .

وفى ذلك ، جاء فى كتاب القُنْية : كتبتْ أنتِ طالق ، ثم قالت لزوجها اقرأها علىَّ ، فقرأ ، لا تُطلَّق ما لم يقصد خطابها . وقد سُئِلْت عن رجل كتب أيمانا ، ثم قال لآخر : اقرأها ، فقرأها ، هل تلزمه ؟ فأجبت بأنها لا تلزمه إن كانت بطلاق حيث لم يقصد ، إلى آخر ما قال[1] .

الحالة الرابعة:

٤٢٢ — هذه حالة من أُكره على التلفظ بما يعلم أنه يفيد إنشاء عقد أو التزام ، كالبيع أو الرهن أو الكفالة أو الزواج ، إلى آخر ما نعرف من تصرفات وعقود .

وهنا ، نجد أن المكره متى صدر عنه ما أُكره عليه ، يكون ذلك لخوفه أن يحل به ما توعَّد به المكرِه ، ولولا هذا ما فعل الذى أُكرِه عليه . إنه إذاً لا يرغب

(١) راجع هذا فى كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ، فى أحكام الكتابة ، ص ١٨٦

فى فعل ما أقدم عليه مضطراً مُكرَهاً ؛ فهو غير مختار له اختياراً صحيحاً ، وليس إيجابه أو قبوله معبراً تعبيراً صحيحاً عن رغبته و إرادته . ومن ثَمّ يكون من الحق عدم ترتيب أى أثر على ما يقول أو يفعل ، فلا ينشأ عنه أى عقد أو التزام ، وسيّان كون الأمر عقد معاوضة كالبيع أو الإجارة ، أم غير معاوضة كالزواج والطلاق .

و بهذا الرأى أخذت المحاكم الشرعية ، إذ جاء فى المادة الأولى من لائحتها أن طلاق المكرَه لا يقع ، مِثْله مثل طلاق السكران ، وهو ما ذهب إليه الفقهاء غير الأحناف . وهنا ، لا يشترط ابن حنبل إلا أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ماتوعّد به ولو لم يكن حاكما ، و إلا أن يكون الوعيد بشىء مؤلم كالضرب الشديد والحبس مثلا ، أى لا يشترط أن يكون الوعيد بالقتل فقط[١] . والشافعى مثل ابن حنبل فى ذلك كله[٢] ، وكذلك المالكية ؛ إذ يجعلون كل ما يصدر عن المكره من زواج أو طلاق أو يمين أو إقرار ، أو غير ذلك كله ، لغواً ولا أثر له[٣] .

٤٢٣ — أما الأحناف ، فقد ذهبوا إلى أن الإكراه يؤثر فى العقود التى لا حق لله فيها ، مثل البيع والإجارة والرهن ونحوها ، فكل عقد فيها لا ينعقد مع الإكراه الذى يؤثر على الإرادة و يفسد الاختيار . أما العقود أو التصرفات التى لله فيها حق وهى الزواج والطلاق والرجعة والعتاق واليمين ، فالإكراه لا يمنع من وقوعها صحيحة ، مثل الهزل تماماً على ما سبق بيانه ؛ و إذاً ، فتقوم العبارة فيها ، ما دامت مقصودة ممن صدرت عنه ، مقام الإرادة ، فيترتب عليها أثرها وحكمها .

وفى ذلك يقول الطحاوى[٤] : « طلاق المكره لازم له ، كطلاق سواه ممن ليس بمكره » . كما يقول فى مواضع أخرى ، فيما يختص بنوعى العقود : « ومن أكره

(١) كشاف القناع ، حـ ٣ : ١٤١ . وفيه أن هذا هو قول جماعة من الصحابة ، وفى ذلك يقول الرسول : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . وانظر فى البيع ونحوه ، المرجع نفسه ، حـ ٢ : ٦

(٢) نهاية المحتاج ، حـ ٦ : ٨٤ — ٨٥ . وراجع فى البيع ومثله ، حـ ٣ : ١٢ — ١٣

(٣) راجع التاج والإكليل لمختصر خليل ، حـ ٤ : ٤٤ — ٤٦ .

(٤) مختصر الطحاوى ، ص ١٩١ .

على عتق عبده ، أو على طلاق زوجته ، ففعل ذلك جاز عليه ما فعله منه . . . ومن أكره على مراجعة امرأة كان قد طلقها ، حتى راجعها كانت مراجعة . . . ومن أكره على بيع عبده ، فباعه ، لم يجز بيعه إياه » .[١]

٤٢٤ — ويعلل الطحاوى ذلك ، أى التفرقة بين البيع ونحوه وبين الطلاق ونحوه ، بقوله[٢] : « ولا يشبه البيع ما ذكرنا قبله من الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة ؛ لأن البيع قد يُنتقض بالعيوب ويُرَدُّ بخيار الشرط وبخيار الرؤية ، فكذلك يرد بالإكراه . والطلاق والعتاق والنكاح والرجعة لا يُرْدَدْنَ بشىء مما ذكرناه ولا مما سواه ، فكذلك أيضاً لا يُرْدَدن بالاستكراه » .

وأخيراً يقول[٣] : « والإكراه على الإجارة والكتابة ، وعلى سائر الأشياء التى قد تنتقض بعد وقوعها ، كالإكراه على البيع . وإنما الذى يجوز على الإكراه كما يجوز على غير الإكراه ، الأربعة الأشياء التى ذكرنا ؛ وهى : الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة »[٤] .

الحالة الخامسة

٤٢٥ — وبعد ما تقدم ، قد يحدث ان العاقد يستعمل لفظاً موضوعاً فى اللغة لإنشاء عقد خاص ، ولكنه يريد به عقداً آخر ؛ مثل أن يقول : وهبتك هذا الكتاب بكذا فيقبل الآخر ، يريد الموجب البيع لا الهبة التى استعمل لفظها فى إيجابه ؛ أو تقول امرأة لرجل : بعت نفسى على مائة جنيه ، تريد الزواج طبعاً فيقول : قبلت ؛ أو يقول رجل لآخر له دين على إنسان : كفلت لك هذا الدين

---

(١) مختصر الطحاوى ص٤٠٧ — ٤٠٨

(٢) المرجع نفسه ، ص ٤٠٨ (٣) المرجع نفسه ص ، ٤٠٩

(٤) سبق أن ذكرنا أن اليمين لا يؤثر فيه الإكراه أيضاً ، وهو التصرف أو العقد الخامس وراجع فى الاكراه بعامة فى جميع التصرفات ، المبسوط للسرخسى حـ ٢٣ : ٣٨ وما بعدها ، و٦٢ وما بعدها ، و ٨٠ وما بعدها . وراجع أيضاً فى ذلك ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، حـ ٢ : ٤٣٢ وما بعدها .

على ألا ترجع به على المدين ، أو قبلت حوالة الدين عليّ على ألا يبرأ المدين منه إلى غير ذلك من المثل .

أما الأحناف ، فيرون ، بناء على قاعدتهم التي تقول : « العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني » ، أن هذه التعابير ونحوها صحيحة في إنشاء ما أراد المتعاقدان من عقود[1] ، وإن لم تكن دالة لغوياً عليها ما دامت القرائن تعين ما قصداه ، ويرتبون عليها لذلك أحكامها وآثارها .

على حين أن من الحنابلة من رأى ما رآه الأحناف ، ومنهم من ذهب إلى إهدار هذه التعابير وعدم إنشاء العقود بناء عليها ، ما دام أصل وضعها اللغوي لا يتفق مع ما أريد إنشاؤه بها من عقود . ولا ريب ، في أن مذهب الأحناف هنا هو الأحق بالاتباع ؛ لأن الذي يجب رعايته هو المعنى دون اللفظ ، ولأن المهم هو ظهور إرادتي طرفي العقد ظهوراً لا شك فيه ولا لبس .

الحالة السادسة

٤٢٦ — وأخيراً ، قد يتخذ أحد المتعاقدين من العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، أي يكون الدافع له سبباً غير مشروع ، فهل ينعقد العقد لوجود أركانه من الإيجاب والقبول ، أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع[2] ؟

أما أبو حنيفة والشافعي ، فيريان صحة مثل هذا العقد ؛ لأن ركنه وهو الإيجاب والقبول قد تحقق ، ونية السبب أو الغرض غير المباح شرعاً مستترة فيترك أمرها لله وحده يعاقب صاحبها عليها ما دام قد أثم بنيته . لكن الصاحبين وابن حنبل يرون

---

(١) فينعقد بالصيغة الأولى البيع ، وبالثانية الزواج وبالثالثة الحوالة ، وبالرابعة الكفالة .

(٢) يراجع لدى الأحناف أي مرجع من المراجع المعتبرة في ابواب النكاح والكفالة والحوالة وغيرها من العقود ، مثل الهداية وشرحها فتح القدير حـ ٢ : ٣٤٧ وما بعدها ، و حـ ٥ : ٤٠٣ وانظر عند الشافعية ، الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١١١ — ١١٢ في قاعدة هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ وعند الحنابلة ، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ، القاعدتين ٣٨ ، ٣٩ ص ٤٩ — ٥٠ .

هذا الضرب من العقود باطلا ، ولا يجعلون للإيجاب والقبول أثراً متى قام الدليل على هذا القصد الآثم . ولهذين الرأيين ، تصحيح العقد أو إبطاله تبعاً للظاهر أو للإرادة الباطنة والقصد المستتر ، تطبيقات عملية ، فى أبواب البيع والإجارة والزواج وغيرها .

١) فبيع عصير العنب ممن قد يتخذه خمراً صحيح على الرأى الأول ، وباطل أو فاسد على الثانى . وفى هذا يقول الطحاوى من الأحناف[1] : « ومن كان له عصير فلا بأس عليه ببيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه . لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشترى بها » . ويتبع هذا فى الحكم صحة عقد الإجارة على حمل الخمر لمن يشتريها ، وبيع آلات الحرب وعتادها لمن يقاتل بها المسلمين[2] .

ويقول الشافعى فى ذلك : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية ، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً ، وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢٨٠ .

(٢) جاء فى فتاوى قاضيخان — على هامش الفتاوى الهندية — فى باب الاجارة الفاسدة : « ذمى استأجر مسلماً ليحمل له خمراً ، أو استأجر بيتاً ليتخذه كنيسة ، جاز عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان لا يجوز . وعلى هذا الخلاف ، إذا استأجر ذمى من مسلم دابته لحمل خمر ، أو استأجر مسلم ذمياً لرعى الخنازير » . وراجع أيضاً البدائع حـ ٤ : ١٩٠ ، ففيها الخلاف على الاستئجار لحمل لخمر ونحو ذلك .

لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد[١] » .

٤٢٧ — وعلى الضد من هذا الرأى الذى ذهب إليه أبو حنيفة والشافعى ، نجد ابن قدامة المقدسى الحنبلى يقول[٢] : « إن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرّم . . . إذا ثبت هذا ، فإنما يحرم البيع و يبطل إذا علم قصد المشترى بذلك ؛ إما بقوله ، و إما بقرائن مختصة به تدل على ذلك . فإن كان محتملا ، مثل أن يشتريها من لايعلم حاله أومَن يعمل الخمر والخلّ معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز ، و إذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، و يحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعى . . . » .

وهذا مثال من أمثلة كثيرة ينطبق عليها هذا الرأى للأصل الذى بُنى عليه ، وهو أنه عقد على شىء لمعصية الله به فلا يصح ، ولذلك نجد المؤلف نفسه يقول : « وهكذا الحكم فى كل ما يُقصد به الحرام ؛ كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطّاع الطريق أو الفتنة ، و بيع الأَمَة للغناء أو إجارتها على ذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لُتتخذ كنيسة أو بيت نار [أى لعبادة المجوس] ، وأشباه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدَّمنا[٣] » .

٢) ومن هذه العقود ، موضع الخلاف تبعاً لنية المتعاقدين أو للظاهر من تعبيرهما ، زواج المحلِّل ، و بيع العِينة[٤] .

٤٢٧ — وزواج المحلل ، هو أن يتزوج شخص مُطلّقة آخر ثلاثاً ، ثم يطلقها بعد

---

(١) كتاب الأم ، حـ ٣ : ٦٥ . وراجع نهاية المحتاج حـ ٣ : ٧٣ — ٧٤ ، حيث تكلم على كل تصرف يفضى إلى معصية ؛ مثل بيع العصير لمتخذه خمرا ، والسلاح لباغ أو قاطع طريق ، والخشب لمن يتخذ منه آله لهو ، وهو لا يخرج عما جاء فى كتاب الأم .

(٢) المغنى ، حـ ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ . وفيه استدلال جيد لمذهب القائلين بعدم صحة العقد .

(٣) المرجع نفسه ، ص ٢٢٣ . وراجع فى الاستئجار على النوح والغناء للهو ، وأنه لا يجوز ، حـ ٤ : ١٨٩ ؛ الزيلعى وحاشية الشلبى عليه ، حـ ٥ : ١٢٥ .

(٤) العينة بكسر العين المهملة : السلف ، يقال : باعه بعينة ، أى نسيئه . وفى المصباح ، وقيل لهذا البيع عينة ، لأن مشترى السلعة إلى أجل يأخذ بها عينا أى نقدا حاضرا .

الدخول ، ليصح للأول العقد عليها لنفسه من جديد ، نزولاً على قوله تعالى[1] : « فإن طلقها [أي لثالث مرة] فلا تحلّ له من بعدُ حتى تنكح زوجاً غيره » ، ومن المعروف أن الزواج شُرع ليكون رباطاً دائماً بين الزوجين ، ولتكون عنه أسرة ، وزواج التحليل لايحقق طبعاً هذه الأغراض السامية ، إنه يحقق غرضاً آخر ينافى عقد الزواج ، وهو تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد وهذا قصد غير مشروع ، ولهذا اختلف الفقهاء فى حكمه .

يرى الإمام أبو حنيفة أنه إن كان بشرط التحليل ، كما إن قال الزوج الثانى حين العقد : تزوجتك لأحلك لزوجك السابق ، كان العقد صحيحاً ، لأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة ، فتحل الزوجة إذاً لزوجها الأول بعد دخول الثانى بها ، وطلاقها منه ، إلا أنه مكروه تحريماً لقول الرسول : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . وعند أبي يوسف ، هو عقد فاسد لأنه زواج مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائماً ، وإذاً فلا لاتحل للأول بعد تطليق الثانى لها . وعند محمد ، هو عقد صحيح ، إلا أنه لايحل الزوجة لزوجها الأول بعد مفارقة الآخر لها ، عقاباً له لأنه استعجل طلاقها من الثانى .

وهذا كله ، إذا كان الزواج الثانى قد عقد بشرط التحليل ، أما إذا لم يقع على هذا الشرط ، وإن كان هو القصد ، فلا يكون مكروها وتحل به لزوجها الأول . على أن واحداً من الفقهاء ، وهو السروجى ، يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصاً ، أى فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه فى العقد ، فيكره[2] » . وهذا كلام يؤيده العقل وقواعد الفقه العامة ، وإن كانت الضرورات تبيح المحظورات كما يقولون والمضطر يركب الصعب من الأمور وهو عالم بركوبه !

٤٢٨ — أما بيع العينة ، فهو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا

---

(١) سورة البقرة م ٢ : ٢٣٠ .

(٢) ابن عابدين ، حـ ٢ : ٥٥٥ . ويرجع فى الموضوع كله إلى هذا المرجع ص ٥٥٤ — ٥٥٥ ، وإلى الزيلعى حـ ٢ : ٢٥٩ ، وإلى غيرهما من المراجع فى كتاب النكاح .

ويكون ، مثلا ، بأن يشترى إنسان من آخر بعض ما يملك بثمن كذا مؤجلا إلى أجل معلوم ، ثم يبيعه المشترى الشىء نفسه — قبل أو بعد تسلمه — بثمن أقل على أنه حال لا مؤجل ، وفى نهاية الأجل الذى ضرب فى العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذى بيع بيعاً صورياً . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثاً يشترى العين بثمن حال من مريد الاقتراض ، بعد أن اشتراها هذا من مالكها المقترض ، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذى اشترى به فيكون الفرق ربا له .

من ذلك ، نرى أن قصد كل من البائع والمشترى ، أو من المقرض والمقترض على الحقيقة ، ليس القصد الذى يراد حقاً من البيع والشراء ، ولكنه حيلة فى تحليل التعامل بالربا ، فهو إذاً وسيلة إلى غرض أو عقد محرم غير مشروع .

ومع هذا ، فقد ذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الإمام الشافعى ، إلى أن هذا العقد جائز ؛ لأن ركنه من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبرة بالنية التى لا نعرفها لعدم وجود ما يدل عليها . وأما الثمن الذى باع به المشترى العين ، وهو ثمن أقل مما اشتراها به ، فهو فى رأى الشافعى : « ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها »[1] .

٤٣٩ — أما فى مذهب الأحناف[2] ، فقد أجاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة وأجازه محمد مع الكراهة حتى أثر عنه أنه قال : « هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا » ! وعند الإمام نفسه ، هو عقد فاسد إن خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشترى المقترض[3] .

---

(١) المغنى لابن قدامة ، حـ ٤ : ١٧٤ .

(٢) راجع فى هذا الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٤ : ٢٥٥ ، ٢٩١ .

(٣) وهنا نلاحظ أنه كان ينبغى أن يكون أبو حنيفة مع الشافعى فى صحة هذا العقد ، بناء على أصله من أن ركن العقد قد وجد ونية الغرض غير المشروع تترك لله يؤاخذ بها ، ولعله نظر إلى قاعدة أن العبرة فى العقود للمعانى ! وكذلك ، كان ينبغى أن يذهب أبو يوسف ، كابن حنبل ، إلى فساد هذا العقد بناء على أصله أيضا !

وابن حنبل يرى ، ومثله الإمام مالك[1] ، أن هذا العقد يقع باطلا ، ويستدل لما يرى بما روته العالية بنت أيفع بن شرحبيل ، قالت : «دخلت أنا وأم ولد زيد ابن أرقم وامرأته على عائشة رضى الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إنى بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منه بستمائة درهم [حالة طبعاً] . فقالت بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت ! أبلغى زيداً ابن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلا أن يتوب»[2] . ومن المعروف أن أم المؤمنين لا تقول مثل هذا القول الغليظ إلا إذا كانت سمعته من الرسول ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

٤٣٠ — هذا ، وللعلامة شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر ، المعروف بابن قيم الجوزية والمتوفى عام ٧٥١ هـ ، بحث جيد ، وتقسيم نافع جامع ، فى الموضوع الذى نحن بسبيله ؛ أى فى بحث أن القصود والنيات هى المعتبرة فى العقود ، دون الألفاظ المجردة التى لم تقصد معانيها وحقائقها ، أو قصد غيرها ، ولذلك نرى الإتيان بشىء منه هنا تتمة لهذا البحث ، قال[3] :

المتكلم بصيغ العقود ؛ إما أن يكون قاصداً للتكلم بها أو لا يكون . فإن لم يقصد التكلم بها ، كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله ، لم يترتب عليها شىء ، وإن كان فى بعض ذلك نزاع وتفصيل ، فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب والسنة والميزان [يريد المنطق] وأقوال الصحابة .

وإن كان قاصداً للتكلم بها ؛ فإما أن يكون عالماً بغايتها متصوراً لها ، أولا يدرى معناها ألبتة ، بل هى عنده كأصوات ينعق بها . فإن لم يكن عالماً بمعناها ولا متصوراً لها ، لم تترتب عليه أحكامها أيضاً ، ولا نزاع بين أئمة الإسلام فى ذلك . وإن كان

---

(١) انظر من وجهة نظر الحنابلة ، المغنى لابن قدامة ، حـ ٤ : ١٧٤ — ١٧٥ . وانظر عند المالكية ، الشرح الكبير للدردير مع الحاشية ، حـ ٣ : ٨٩ .

(٢) المغنى ، حـ ٤ : ١٧٥ .

(٣) إعلام الموقعين ، حـ ٣ : ١٠٦ — ١٠٨ .

متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها ؛ فإما أن يكون قاصداً لها ، أولا . فإن كان قاصداً لها ، ترتبت أحكامها فى حقه ولزمته .

وإن لم يكن قاصداً لها ؛ فإما أن يقصد خلافها ، أو لا يقصد معناها ولا غير معناها . فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل ونذكر حكمه[1] . وإن قصد معناها ؛ فإما أن يقصد ما يجوز له قصده ، أو لا . فإن قصد ما يجوز له قصده ، نحو أن يقصد بقوله : أنت طالق [أى] من زوج قَبْلى . . . لم يلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى . وأما فى الحكم [أى قضاء] ؛ فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك ، لم يلزمه ذلك أيضاً ، لأن السياق والقرينة تدل على صدقه . وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلا ، وادعى ذلك دعوى مجردة [أى عن الدليل] ، لم تقبل منه .

وإن قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بتزوجت بقصد التحليل ، وبعت واشتريت بقصد الربا . . . ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ وسيلة إليه ؛ فإن فى تحصيل مقصوده إعانة على معصية الله ، ومناقضة لدينه وشرعه ، فإعانته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان . ولا فرق بين إعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إليه ، وبين إعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إلى غيره . فالمقصود إذا كان واحداً ، لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه بموجب لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ويحل من طرق أخرى ، والطرق وسائل مقصودة لغيرها .

وأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الإعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ! بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة . كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفى قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفوراً ، ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه . ولهذا ، قال أيوب السختيانى

---

(١) حـ ٣ : ١٠٨ ، ثم تكلم على الهازل ص ١٠٩ — ١١١ .

وهو من كبار التابعين وسادتهم وأئمتهم ، فى هؤلاء : يخادعون الله كما يخادعون الصبيان ، لو أتوا الأمر على وجهه كان أسهل عليهم[1] !

* * *

٤٣١ — والآن بعد ما تقدم كله ، نستطيع القول بأن الفقه الإسلامى قد اتجه فى مسألة « النية واللفظ فى العقد » وجهتين : الأولى مذهب الشافعي ، وقريب منه مذهب أبي حنيفة ، فى الاعتداد بالألفاظ فى العقود دون النيات والقصود[2] ؛ والأخرى مذهب ابن حنبل الذى يتشدد بحق فى رعاية النية والقصد دون اللفظ والتعبير والله أعلم بالحق ، ولكل مجتهد نصيبه من الأجر .

---

(١) من هذا التقسيم الجيد الجامع ، نجد أن رأى ابن القيم وهو مذهب ابن حنبل ، يتلخص الآتى :

(ا) إن اتفقت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته ، انعقد العقد وترتب عليه أثره الشرعى .

(ب) إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ولكن لم يدل شىء على نيته ، كان مؤاخدا بنيته ديانة أى أمام الله ، إلا أنه يلزمه قضاء حكم العقد كما يؤخذ من عبارته .

(حـ) إن كشفت قرينة على هذه النية وكانت لا تنافى الشريعة ، صح العقد ، وإلا كان فاسداً لا أثر له .

(٢) وقد يقال كيف هذا ، والأحناف يقولون دائما : « العبرة بالمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى » ؟ وهنا نقول : إن هناك قاعدة أخرى تقول : « المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ » (تراجع حاشية الحموى على الأشباه لابن نجيم حـ ٢ : ٣٢٠ هامش ١٢ ، ١٣) . ورغبة فى التوفيق بين هاتين القاعدتين ، نرى أن المراد من « المعنى » فى الثانية النية والقصد ، الذى ليس بالعقد ما يدل عليه صراحة ؛ على حين يراد به فى الأولى المدلول الذى يؤخذ من مجموع الألفاظ التى استعملت فى العقد منضما بعضها إلى بعض ، فلا يؤخذ كل لفظ أو عبارة منها وحده . أما النيات والمقاصد ، كأن يريد المتعاقدان ببيع العينة التحايل على التعامل بالربا ، وبزواج المحلل إحلال المطلقة ثلاثا لزوجها الأول ، فهذا مالم تتعرض له القاعدة الأولى (راجع الملكية ونظرية العقد ، للسيد الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٢١٥ — ٢١٦) . وانظر فى رعاية المعنى دون اللفظ فى العقود ، الأشباه لابن نجيم ص ١١٠ — ١١١ ؛ والأشباه للسيوطى ، ص ١١١ — ١١٣ .

الباب الثانى

شروط العقد

لكى يتم العقد ، ويكون معتبراً شرعاً ، يجب أن تتحقق أركانه وشروطه التى لابد منها . ومن هذه الشروط ما يتعلق بالأركان نفسها ، ومنها ما يتعلق بموضوع العقد ، ومنها أخيراً ما يتعلق بالعاقد . وقد سبق أن بحثنا الشروط الخاصة بأركان العقد ، نعنى الإيجاب والقبول ، والآن نبحث الشروط الخاصة بموضوع العقد ، ثم الخاصة بالعاقد .

أولا — ما يختص بالموضوع

٤٣٢ — يراد بموضوع العقد ، أو محله كما يعبر الفقهاء كثيراً ، ما وقع عليه التعاقد ، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذى به تتعلق أحكامه وآثاره . ففى البيع موضوع العقد هو الشىء المبيع والثمن ؛ وفى الرهن ، هو الشىء المرهون ؛ وفى الإجارة هو منفعة الشىء المستأجر شخصاً أو داراً أو أرضاً مثلا ؛ وفى المزارعة ، هو عمل الزارع ؛ وفى الزواج ، هو المرأة ، وهكذا إلى سائر ضروب العقود .

وقد يكون شىء ما صالحاً بطبيعته لأن يكون محل عقد من العقود ، ولكن قد يعرض له شرعاً أو قانوناً أو عرفاً ما يجعله غير صالح لأن يكون كذلك . فالخمر ، مثلا ، صالحة بطبيعتها لأن تكون محلا للبيع لأنها مال متقوم عند غير المسلمين ، إلا أن الشارع الإسلامى منع من ذلك إذ حرم على المسلم تمليكها بالبيع وتملكها بالشراء . وأية امرأة ، باعتبارها امرأة ، صالحة لأن تكون موضوع عقد الزواج ، إلا أنها ليست صالحة لذلك لأخيها من النسب أو الرضاع وغيره ممن لا يصح شرعاً تزوج بعضهم ببعض . ولذلك ، نجد الخمر صالحة لأن تكون موضوع عقد البيع بين الذميين ، كما نجد تلك المرأة صالحة لأن تكون زوجة لمن لا تربطها به رابطة من النسب أو الرضاع تجعل الزواج بينهما محرماً تحريماً مؤبداً .

٤٣٣ — ومن أجل هذا ، نرى الفقهاء ورجال التشريع والقانون قد عنوا ببيان الشروط التى يجب توافرها فى هذا الشىء أو ذاك ، حتى يصلح لأن يكون محل عقد من العقود .

وليس من همنا الآن بيان ذلك بالنسبة لكل عقد على حدة ، فهذا موضعه عند دراسة كل من العقود المختلفة تفصيلا . ولكنا الآن بصدد دراسة نظرية الشروط فى العقود بصفة عامة ، ولهذا لن نتعرض إلا للأصول والشروط العامة التى يجب رعايتها فى موضوع العقد أيًّا كان نوعه .

يرى الفقهاء أن موضوع العقد يجب أن تتحقق فيه هذه الشروط :

٤٣٤ — ١) وجوده حين العقد : وإذاً ، فالمعدوم لا يصح أن يكون محلا للعقد ، عند أكثر الفقهاء ، ومنهم الأحناف ؛ إذ من غير الممكن أن يتعلق حكم العقد وآثاره بشىء معدوم ومن ثم ، نراهم يجعلون صحة عقود السلم والإجارة والاستصناع[1] ونحوها مستثناة من هذه القاعدة العامة ، ما دام موضوع كل منها لا يمكن أن يكون موجوداً حال صدور العقد ، وإنما أجازها الشارع من باب الاستحسان للحاجة وجريان العرف بها .

وكذلك لا يصح أيضاً بيع ماله خطر العدم ، كاللبن فى الضرع والحمل فى بطن أمه والكتاب قبل طبعه . لأن ما فى الضرع قد يكون لبناً حقيقة أوانتفاخاً ، والحمل قد يولد ميتاً ، والكتاب ربما لايطبع بالفعل . ففى كل تلك الحالات وأمثالها ، نجد موضوع العقد غير موجود بتأكيد ، بل هو على خطر العدم ، ولهذا لا يجوز التعاقد عليه .

٤٣٥ — على أن هذا الشرط ليس متفقاً عليه بين الفقهاء جميعاً ، كما أن رعايته

(١) السلم ، هو بيع آجل بعاجل ، أى بينع شىء غير موجود بمد بثمن حال ، كما يفعل الزراع مع التجار فى بيع المحصولات الزراعية قبل وجودها . والاستصناع عقد على عمل الصانع ، كما نفعله مع الخياطين والنجارين مثلا .

ليست واجبة فى العقود كلها . ولذلك ، ذهب الإمام مالك ، فيما يختص بعقود التبرعات كالهبة والوقف ، إلى جواز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود فى المستقبل ، وإن لم يكن موجوداً فعلا حين العقد . وفى الرهن يجوز أن يكون موضوع العقد ، أى الشىء المرهون ، غير موجود وقت العقد ، « فشىء يتوثق به خير من عدمه » ، كما يقولون[١] . كما يرى ، فيما يوجد من الخضر والفاكهة بعضه فى إثر بعض كالباذنجان واللوبيا والبطيخ والشمام ، جواز أن يكون ما لم يظهر بعد موضوعاً لعقد البيع متى ظهرت البواكير ، « لأن فيه ضرورة ؛ لأنه لا يظهر الكل دفعة ، بل على التعاقب ، بعضها بعد بعض ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض ، لوقع الناس فى الحرج »[٢] .

وسائر الفقهاء ، ومنهم الأحناف ، يقولون بأنه لا حرج فى عدم تجويز ما لم يظهر بعد من هذه الأشياء ، لأن المالك يستطيع بيع أصول هذه الخضر والفواكه فيكون ما يحدث منها يحدث على ملك المشترى ، وبهذا نبعد عن بيع المعدوم ، ولا يكون فيه حرج على أحد[٣] .

٢٣٦ — وهنا ، تعرض حالة بيع الزرع والثمر فى الأرض قبل بدو صلاحه ، أو بعد ذلك ؛ فهى حالة تعرض كثيراً فى الحياة العملية التجارية ، ولهذا تعرض لها الفقهاء فى باب البيع .

أما قبل بدو أو ظهور صلاح الزرع والثمر ، فلا يجوز بيعه ، لنهى الرسول عن ذلك ، لأن له خطر المعدوم ، والنهى هنا يقتضى فساد العقد ، وفيه يقول الرسول

---

(١) الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ، حـ ٢ : ١٢١ .

(٢) بدائع الصنائع ، حـ ٥ : ١٣٨ — ١٣٩ . وانظر مواهب الجليل ، والتاج والإكليل على هامشه ، حـ ٤ : ٢٩٤ .

(٣) وراجع المبسوط للسرخسى حـ ١٢ : ١٩٥ — ١٩٧ ؛ فقد جاء فيه أن شراء الخضر والفاكهة ، وقد خرج البعض دون البعض ، لا يجوز عندنا [الأحناف] خلافا لمالك . وفى قول يجوز عندنا استحساناً ويجعل الموجود أصلا فى العقد والآخر تبعاً ، لتعارف الناس ، وفى نزع الناس عن عادتهم حرج بين ، وفى رواية عن محمد جواز بيع الورد على الأشجار هكذا . وراجع أيضا ، الزيلعى حـ ٤ : ١٢ .

كما جاء بالبخارى : « أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه » ! ولكن إذا كان هذا الزرع والثمر وصل إلى درجة يصير بها منتفعاً به على وجه من الوجوه ، وكان المشترى سيقطعه فى الحال ، صح البيع لزوال سبب فساده ، إذا قد اشترى شيئاً منتفعاً به وموجوداً بالفعل حال العقد[1] .

فإن كان الزرع والثمر قد بدأ صلاحه حين العقد ، إلا أنه لم يستحصد تماما ، جاز البيع من غير القطع فى الحال على المشترى ، وله إبقاؤه فى الأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ لأن العرف يقتضيه[2] . وهذا ما يقع كثيراً بين تجار المحاصيل الزراعية و بخاصة الخضر والفواكه[2] .

٤٣٧ — وإذا كنا قد رأينا المالكية لايتشددون فى اشتراط أن يكون موضوع العقد موجوداً حال التعاقد ، و بخاصة فى بعض العقود ، فإن ابن تيمية يذهب فى ذلك إلى أوسع الحدود . إنه يرى أن المعدوم يصح أن يكون موضوعا للعقد على اختلاف أنواعه ، بلا فرق بين عقود المعاوضات والتبرعات وغيرها . وإذا حدث أن شيئاً لم يصح أن يكون محلا للعقد ، كان السبب فى ذلك مايصحبه من الغَرَر والجهالة المفضيان عادة إلى النزاع ، أو القمار ، أى لا لأنه معدوم .

وفى هذا ، يقول بأنه ليس فى كتاب الله ولاسنة رسوله ، ولا عن أحد من الصحابة ، أن بيع المعدوم لا يجوز ، لابلفظ عام ، ولابمعنى عام . وإنما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة ، كما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى موجودة ، وليست العلة فى المنع الوجود أو العدم . بل الذى فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغَرَر ، والغَرَر مالا يُقْدَر على تسليمه ،

---

(١) كشاف القناع ، حـ ٢ : ١١١ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ١٧٣ ، وفيه أن للمشترى إبقاء ما اشترى بالأرض بإذن البائع ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ١٢ .

(٢) كشاف القناع ، حـ ٢ : ١١٤ . وراجع عند الأحناف ، بدائع الصنائع حـ ٥ : ١٧٣ ؛ والزيلعى ، حـ ٤ : ١٢ ، وفى هذين الكتابين تفصيل دقيق وتلخيص محرر لمسألة بيع الزرع والثمر قبل ظهور صلاحه أو بعده . وانظر أيضاً ، المبسوط حـ ١٢ : ١٩٥ — ١٩٦ .

سواء أكان موجوداً أم معدوما ، كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما لا يُقْدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل ، وهو غَرَر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً . فإن مُوجَب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشترى إنما يشتريه مقامرة ؛ فإن أمكنه أخذه كان المشترى قد قَمَر البائع ، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشترى[١] . وهكذا المعدوم الذى هو غرر ، نُهى عن بيعه لكونه غَرَراً ، لا لكونه معدوما . كما إذا باع مايحمل هذا الحيوان أو مايحمل هذا البستان ؛ فقد يحمل وربما لا يحمل ، وإذا حمل فالمحمول لا يُعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار والميسر الذى نهى الله عنه . ومثل هذا ، إكراء دواب لا يقدر على تسليمها ، أو عقار لا يملك تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل[٢] .

وبعد ابن تيمية ، نجد تلميذه ابن القيِّم يصدر عن هذا الرأى ، من أن المعدوم يصح أن يكون محلا للعقد مادام لا غرر فيه . وإن ماورد عن الرسول من قوله : « لا تبع ماليس عندك » ، ونحوه مما يفيد النهى عن بيع بعض الأشياء المعدومة ، السبب فيه هو الغَرَر لعدم القدرة على التسليم مثلا ، لا أنه معدوم ، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم . ولذلك ، أباح الشارع الإجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد بُدُوِّ صلاحه ، لعدم الغَرَر فى هذا[٣] . ولم يُجِز بيع البعير الشارد وإن كان موجوداً ، لوجود الغرر فى بيعه ، كما لم يجز إجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها ، وهكذا حكم سائر عقود المعاوضات[٤] .

٤٣٨ — وقد يكون من الحق ، مع تقديرنا لتوسعة مالك وابن تيمية وابن القيِّم على الناس فى معاملاتهم ، أن نقول إن طبيعة العقد قد تكون نفسها هى الحَكَم

(١) لأنه فى الحالة الأولى يكون قد اشترى شيئاً بأقل من قيمته لأنه كان مخاطراً ، وفى الثانية يكون البائع قد أخذ ثمن شىء لم يقدر فعلا على تسليمه .

(٢) القياس فى الشرع الإسلامى ، ص ٤٠ .

(٣) من هذا التحليل ، نعرف السبب فى ذهاب ابن القيم إلى أن الإجارة والمساقاة ونحوهما تجوز قياسا ، لا استحسانا ، مع أن محل العقد فيها معدوم حين التعاقد .

(٤) إعلام الموقعين ، ج ١ : ٣٥٧ — ٣٥٨ .

فى الأمر . فالبيع ، مثلا ، من طبيعته ومقتضاه نقل ملكية شىء موجود فعلا من مالك إلى آخر ، و إذاً فوضوعه يجب أن يكون موجوداً حين العقد . ومن ثمّ ، لايصح بيع الزرع قبل ظهوره ، ولا الحمل فى بطن أمه ، ونحو هذا وذاك ؛ فربما لا تُنبت الأرض ، وربما لاتلد الماشية إلا جثة ميتة .

أما فى العقود التى من طبيعتها ألا توجد موضوعاتها مرة واحدة ، فلا معنى لاشتراط أن يكون محل كل منها موجوداً حين التعاقد ، ويكفى لصحتها أن يكون محتملا ، أو متوقّع الوجود عادة فى المستقبل . ومن هذه العقود ، الإجارة ، والمزارعة ، والاستصناع ، ونحوها[1] .

٤٣٩ — ٢) قابليته لحكم العقد : وهنا نجد الفقهاء جميعاً على اتفاق فى أن مالا يقبل حكم عقد من العقود لا يصح أن يكون موضوعا له . ففى البيع ، مثلا ، لابد أن يكون المبيع مالا فى رأى المتعاقدين ؛ و إذاً ، فلا تصح الميتة والدم أن يكونا مبيعين ، ولا الخمر والخنزير فى عقد يجرى بين مسلمين ، ومن الميتة ذبيحة المجوسىّ والمرتدّ ، لأن كل ذلك ليس بمـال[2] .

ومن قبول الموضوع لحكم العقد ، ألا يكون مباحا إذا كان العقد عقد بيع أو هبة ، ممـا يفيد نقل الملكية ، بل يجب أن يكون مملوكا للبائع ، لأن المباح ليس أحد أولى بملكيته من آخر . ولذلك ، لا يصح بيع أو هبة سمك فى المـاء أو طير

(١) وبالرجوع إلى المادة ١٣١ من القانون المدنى الجديد . وإلى الوسيط للأستاذ السنهورى ص ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، يتبين لنا أن محل العقد يصح أن يكون شيئا مستقبلا كالمحصول الزراعى قبل أن ينبت والدار قبل أن تبنى ، أو محتمل الوجود كنتاج الدابة . ونزيد أننا كثيراً ما نجرى على التعاقد على شىء غير موجود حال العقد ، كما هو الأمر فى بيع الكتاب « اشتراكات » قبل طبعه .

(٢) البدائع ، جـ ٥ : ١٤٠ — ١٤١ . وراجع كشاف القناع ، جـ ٢ : ٧ ، فقد جاء فيه: أن من شرط المبيع والثمن أن يكون مالا ، والمال شرعا هو ما أبيح الانتفاع به من الأعيان والمنافع فى غير حاجة أو ضرورة . فخرج مالا نفع فيه أصلا كالحشرات ! ، وما فيه منفعة محرمة كالخمر ، أو منفعة للحاجة كالكلب ، أو للضرورة كالميتة حال المخمصة والخمر لدفع لقمة غص بها .

فى الهواء ولا نحوهما مما هو مباح للناس جميعا[١] . ومثل هذه المباحات ، فى أنها لا تكون موضوعا للعقد ، الأملاك العامة للدولة كالطرقات والأنهار والجسور والقناطر العامة[٢] .

٤٤٠ — وفى آلات الملاهى ، كالطبل والمزمار والدُّفِّ ونحوها ، خلاف بين الفقهاء . فعند الشافعية عدم جواز بيعها ، مادامت أداة لهو محرم . ويجب أن يكون الأمر كذلك عند الحنابلة والمالكية ، إذ يشترطون فى المعقود عليه أن يكون الانتفاع به حلالا ومباحا فى غير ضرورة .

والأمر مختلف فيه عند الأحناف أنفسهم ، فقد رأى الصاحبان أن هذه الآلات ليست مالا ، لأنها موضوعة للتَّلَهِّى والفساد ، فلا تكون محلا لعقد البيع . وعند الإمام أنها مال فى نفسها ، إذ يمكن الانتفاع بها انتفاعاً مشروعا أحيانا كما فى حالة الموسيقا التى تصحب الجنود مثلا ، وكونها آلات لهو وفساد لا يُسْقِط ماليَّتها فتكون كالمغنيات والقِيان . وعلى ذلك ، يضمن من يتلف شيئاً منها قيمته عند الإمام ، ولا يضمن عند الصاحبين[٣] .

٤٤١ — ٣) تعيُّنه ومعرفته : يجب أن يكون محل العقد معروفا لطرفيه ومعيَّنا ، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدى إلى الغَرَر والنزاع بين المتعاقدين ، وهذا

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ١٤٦ — ١٤٧ ، وفيه جواز بيع دور مكة وأرضها وإجارتها عند الشافعى ، خلافا لأبى حنيفة مستدلا بقول الرسول : إن الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها ، لم تحل لأحد قبلى ولا تحل لأحد بعدى ، وإنما أحلت لى ساعة من نهار إلى آخر الحديث . والعمل الآن فى الحجاز على جواز ذلك ، كما هو معروف .

(٢) وفى القانون المدنى اشتراط أن يكون محل العقد قابلا للتعامل ، وهذا يرجع إلى الغرض الذى خصص الشىء له ؛ فما يتنافى معه لا يجوز ، والاجاز . وعلى ذلك ، لا يجوز بيع جانب من الطريق العام أو شاطىء البحر مثلا ، وإن كان يجوز للدولة إجارته . راجع الوسيط للأستاذ السنهورى ، حـ ٣٩٧ — ٣٩٨ .

(٣) راجع نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٩ — ٢٠ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشيته ، حـ ٣ : ١١ — ١٢ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٧ ومواضع أخرى ؛ البدائع ، حـ ٥ : ١٤٤ .

شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة ؛ لورود الآثار عن الرسول بالنهى عن عقدٍ هذا شأنه ، ولأن الأساس الأول فى العقود هو التراخى .

وهذه المعرفة تحصل برؤية المبيع حال العقد ، أو رؤية بعضه إن كان هذا يكفى فى رؤية باقية كما هى الحال فى رؤية قطعة من قماش ثوب واحد عند تجار الأقمشة ، أو بوصفه وصفا يكشف عنه تماما إذا كان المعقود عليه غير حاضر حين العقد . وكذلك تحصل المعرفة بالمعقود عليه ، وإن كانت الرؤية تمت قبل العقد بزمن لا يحتمل أن يكون قد تغير[1] .

٤٤٢ — على أن الجهالة فى محل العقد قد تكون يسيرة ، وقد تكون فاحشة وهذه هى التى تمنع أن يكون موضوع العقد ، والعُرْف هو الحكَمَ فى بيان أنها جهالة يسيرة أو فاحشة . فحيوان من الحيوانات دون بيان جنسه ، وأداة تصوير أو راديو دون بيان « ماركتها » أو نوعها ، كل هذا ونحوه يعتبر مجهولا جهالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه ، إذ تؤدى حتما إلى نزاع شديد بين المتعاقدين .

وهذه الجهالة الفاحشة كما تمنع من صلاحية الشىء لأن يكون محلا لعقد البيع ، تمنع من أن يكون محل عقد آخر كالإجارة مثلا . ولذلك ، نجد علاء الدين الكاسانى يذكر من شروط صحة عقد الإجارة عِلْم المنفعة المعقود عليها علما يمنع من المنازعة ؛ فإن كانت مجهولة جهالة تُفضى إلى النزاع ، منعت من صحة العقد ، وإلا فلا . وقد ضرب مثلا للجهالة المانعة لما تحدثه من النزاع ، قول القائل : أجَّرْتُك إحدى

---

(١) كشاف القناع ، حـ ٢ : ١٦ — ١٧ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشيته ، حـ ٣ : ١٧ ، ٢٦ — ٢٧ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٢٦ — ٢٨ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٤ وما بعدها . وقارن هذا ، بالمادة ١٣٣ من القانون المدنى التى توجب أن يكون محل الالتزام معينا بذاته أو بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا . كما تقرر أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين — أى البائع مثلا — بالصنف الوسط . وانظر الوسيط للأستاذ السنهورى ، ص ٣٨٧ — ٣٨٩ ؛ والمادة ٤١٩ من القانون المدنى الجديد .

هاتين الدارين ، أو استأجرت أحد هذين العاملين[١] .

٤٤٣ — وإذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء ، ومنهم الإمام مالك ، اشتراط عدم جهالة موضوع العقد جهالة تؤدى إلى النزاع كما رأينا ، فإن هذا الإمام لم يتشدد فى ذلك كما تشدد غيره ، كما لم يُعمِّم — على ماسبق ذكره — شرط وجود الشيء حين العقد عليه فى حل العقود . ولهذا ، يذكر الإمام شهاب الدين القرافى فى ذلك مانأتى به ملخصا إذ يقول[٢] :

وردت الأحاديث الصحيحة فى نهيه عليه السلام عن بيع الغَرَر وعن بيع المجهول ، واختلف العلماء بعد ذلك . فمنهم من عَمَّمه فى التصرفات وهو الشافعى ، فمنع من الجهالة فى الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك . ومنهم من فصَّل وهو مالك ، فقد انقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام : طرفان وواسطة . فالطرفان ، أحدهما معاوضة صِرْفة فيجتنب فيها ذلك ، إلا مادعت الضرورة إليه . وثانيهما ، ماهو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء ؛ فإن هذه التصرفات إن فاتت على من أُحْسن إليه بها ، لاضرر عليه فإنه لم يبذل شيئاً ؛ بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول فى مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه .

أما الإحسان الصرف ، فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول . فإذا وهب له عبده الآبق ، جاز أن يجده فيحصل له ماينتفع به ، وإن لم يجده لاضرر عليه لأنه لم يبذل شيئاً . ثم ، إن الأحاديث وردت فى البيع ونحوه ، فلا يلزم مما نقول مخالفة نص صاحب الشرع .

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٤ : ١٧٩ — ١٨٠ . على أن عقود التبرعات لا تضر فيها الجهالة التى تضر فى غيرها ، لامتناع المنازعة طبعا فى التبرعات . ولذلك ، تصح وصية إنسان بجزء من عشر من تركته ، وهبة مكتبة لفلان أو جهة علمية ، من غير بيان مقدار الجزء الموصى به وعدد كتب المكتبة وبيانها .

(٢) كتاب الفروق ، جـ ١ : ١٩٤ — ١٩٥ ، فى الفرق الرابع والعشرين .

وأما الواسطة بين الطرفين ، فهو الزواج . فهو من جهة أن المقصد منه المودّة والألفة لا المال ، يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ؛ ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال مهراً للزوجة ، يقتضي امتناع الجهالة والغرر . فلوجود الشبهين ، توسط مالك ؛ فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو شَوْرَة (أى أثاث وجهاز) بيت ، ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد . لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثانى ليس له ضابط فامتنع[1] .

٤٤٤ — ٤) القدرة على تسليمه : وأخيراً ، يشترط فى محل العقد أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد ، وهذا شرط محل اتفاق الفقهاء جميعاً أيضاً . وإذاً ، فالحيوان الضال الشارد ونحوه لا يصح أن يكون موضوعا لعقد البيع أو الإجارة ونحوهما ، وإن صح عند مالك أن يكون محلا لعقد الهبة أو مثلها من عقود التبرعات كما سبق . لأنه فى عقود المعاوضات ليس المهم فقط أن يكون المعقود عليه مملوكا ، بل أيضاً كون مالكه قادراً على تسليمه للطرف الآخر للعقد ، حتى لا يقع نزاع عند إرادته تسلم ما تعاقد عليه .

وكذلك السمك فى الماء ، أو الطير فى الهواء ، أو دار أو أرض أو أى شىء آخر تحت يد العدو ، لأن كل هذا لا يقدر المتعاقد على تسليمه . ولأن السمك والطير ونحوهما ، كالكلأ والماء فى النهر أو البئر ، من المباحات للناس جميعا ، ومن شروط موضوع العقد أن يكون مملوكا للمتعاقد الذى يريد بيعه مثلا .

وفى هذا ، يقول علاء الدين الكاسانى فيما يختص بالبيع ، بأن من شروطه : « أن يكون (المراد بيعه) مقدور التسليم عند العقد ، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له ، كبيع الآبق فى جواب ظاهر الروايات . حتى لو ظهر ، يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطى... » .

---

(١) نعتقد أن هذا التفصيل الدقيق يتفق مع رأى ابن تيمية وابن القيم ، على ما نقلناه عنهما من تجويز أن يكون موضوع العقد معدوما حال العقد متى امتنع الغرر . والمعروف عند الأحناف أنه يجوز الكفالة بالمال ولو مجهولا جهالة غير يسيرة ، وراجع الزيلعى مثلا ج ٤ : ١٥٢ — ١٥٣ .

كما يذكر فى شروط صحة الإجارة ، « ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود (عليه) بدونه . فلا يجوز استئجار الآبق ، لأنه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ، ولهذا لم يجز بيعه . ولا تجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب ، كما لا يجوز بيعه من غيره ، لما قلنا . . . »[١] .

٤٤٥ — تلك ، هى الشروط التى يجب أن تتوافر فى الشىء ليصح أن يكون موضوعا أو محلا للعقد بصفة عامة ؛ ومنها نعرف أن جماعها أن يكون هذا الشىء قابلا لحكم العقد ، وخاليا من كل ما يؤدى إلى النزاع بين المتعاقدين ، فإن هذا الشرط الثانى يقتضى أن يكون محل العقد موجوداً ومعينا معروفا ومقدوراً على تسليمه .

على أن هناك ، بعد تلك الشروط ، شرطاً آخر ينص عليه كثير من الفقهاء صراحة ، وهو أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ، ونراهم يذكرونه — اهتماماً به — على رأس شروط المعقود عليه ، ثم بعد الاتفاق عليه ينزلون إلى التطبيقات[٢] . وهنا يصرحون بعدم صحة بيع الكلب[٣] والخمر وسائر نجس العين ، وكذلك ما كان طاهراً ثم تنجس حتى لا يمكن تطهيره كاللبن والخل والزيت والدهن أما يمكن تطهيره كالثوب فيصح . ثم يختلفون بعد هذا فى أشياء أخرى ينتفع بها وهى نجسة ، ويجيز بعضهم للضرورة صحة بيع روث البقر وبعر الغنم والإبل ونحو ذلك للحاجة إليها لتسميد الأرض وغير ذلك من ضروب الانتفاع[٤] .

ولم نر عند الأحناف نصاً فى اشتراط طهارة محل العقد أو عدم اشتراطها ولكن

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٥ : ١٤٧ من كتاب البيوع ؛ وجـ ٤ : ١٨٧ من كتاب الإجارة . وراجع كشاف القناع ، جـ ٢ : ١٥ ، التاج والإكليل ومواهب الجليل ، جـ ٤ . ٢٦٨ ؛ نهاية المحتاج ، جـ ٣ : ٢١ — ٢٢ .

(٢) انظر نهاية المحتاج ، جـ ٣ : ١٦ — ١٨ ؛ الحطاب على خليل والتاج والإكليل ، جـ ٤ : ٢٥٨ — ٢٦٣ .

(٣) عند الشافعية

(٤) انظر الحطاب والتاج والإكليل فى الموضع السابق ذكره .

يفهم من بعض الفروع والتطبيقات الذهاب إلى هذا الشرط . ففي كتاب الهداية ، لا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس ، ولا بأس ببيع جلود الميتة والانتفاع بها بعد أن تُدْبَغ لأنها طهرت به ، وكذلك عظامها وصوفها وشعرها ووبرها لأنها طاهرة لا يُحل الموت فيها لعدم حياتها [1] .

ثانيا — ما يختص بالعاقد

٤٤٦ — ركن العقد هو ، كما نعرف ، الإيجاب والقبول اللذان يصدران من طرفيه . غير أنه ليس كل واحد من الناس يصلح أن يكون عاقداً ؛ فمن الناس من لا يصلح لإنشاء أى عقد فإيجابه أو قبوله لغو لا قيمة له ، ومنهم من يعتبر كلامه وفعله فى بعض التصرفات دون البعض ، ومنهم من يعتبر كل ذلك منه . ثم ، منهم من يتصرف أصيلا عن نفسه ، ومن يتصرف بالنيابة عن غيره على اختلاف ضروب النيابة .

ومَرَدُّ ذلك كله إلى أهلية المرء الذى يصدر منه التصرف أو عدم أهليته ، وإلى ولايته عن غيره أو عدم ولايته . ولهذا ، يجب الكلام عن هذين الأمرين : الأهلية والولاية ثم عما يتصل بذلك من بحوث أخرى مثل تصرفات الوكيل والفضولى .

١ — الأهلية

٤٤٧ — يقال فى اللغة : فلان أهل لكذا ، أى صالح له ؛ ومن ثم يقال بأن هذا أهل لأن يكون قاضياً ، أو أهل لأن يكون معلما ؛ وهذا أهل لبيع ما يريد أو شرائه ، وذاك على العكس ؛ إلى غير ذلك كله من الأعمال والتصرفات عامة .

---

(١) حـ ٣ : ٣٧ ، وانظر مثل ذلك فى الزيلعى حـ ٤ : ٥٠ — ٥١ . ونحن نقول : إن اشتراط هذا الشرط ، والخلاف فى تطبيقاته ، ينم عن روح غير عملية ممن ذهبوا إليه ، لأن المراد فى المبيع أن يكون مالا ينتفع به كما يقولون ؛ ولا ريب فى أن بعض ما هو نجس بطبيعته أو متنجس بما خالطه قد ينتفع به منفعة ظاهرة لا غنى عنها ، فلماذا لا يصلح أن يكون موضوعا للعقد بلا خلاف بشرط ألا يكون محرما كالخمر مثلا !

هذا ، من ناحية اللغة . أما لدى علماء أصول الفقه الإسلامى ، فالأهلية قد تـكون أهلية وجوب ، وقد تـكون أهلية أداء . والأولى هى صلاحية المرء لأن تـكون أقواله وأفعاله معتبرة شرعا ؛ فإذا صلى وصام أو حج مثلا ، صح ذلك منه شرعا وكان مجزئا ؛ وإذا باع أو اشترى أو تزوج أو طلق مثلا ، كان كل هذا صحيحاً منه ، وكان ملزماً أن يفى بما نشأ عن تصرفه من التزامات تختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ويعرف أبو الفضل محيى الدين مُنْلا خُسْرو المتوفى عام ٨٥٥ هـ ، هذين النوعين من الأهلية فيقول : الأهلية نوعان ؛ أحدهما الوجوب ، أى صلاحيته . [يريد صلاحية المحـكوم عليه] لوجوب الحقوق المشرعة له وعليه ؛ والثانى أهلية الأداء أى صلاحيته لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا [1] .

١ - أهلية الوجوب

٤٤٨ — و إذا صح أن لـكل شىء علة ، بوجودها يوجد و بعدمها يعدم ، فما علة هذا النوع من الأهلية ؟ قال أكثر الفقهاء بأن علته « الذمة » التى توجد فى الإنسان ؛ لا العقل وحده ، و إلا لما كان للطفل والمجنون أهلية وجوب ، وهذه الذمة هى الوصف أو الأمر الذى يكون الإنسان به أهلا لما له وما عليه من الواجبات .

ولنا أن نقول بأن هذا اللفظ : « الذمة » ، و إن ورد فى القرآن فى قوله تعالى فى سورة التو بة : « لا يرقبون فى مؤمن إلاً ولا ذمة » ، إلا أن معناه غير واضح تماما ولا يدل على معنى وجودى فى الإنسان زائدٍ عما نعرف له من عقل وقوى مختلفة ظاهرة و باطنة . ولهذا نفضل القول بأن مناط أهلية الوجود فى الإنسان هو « إنسانيته » التى تدوم له بدوام وجوده ؛ فمهما دام له ، وذلك يدوم طول وجود

---

(١) مرآة الأصول ، ص ٥٩٠ — ٥٩١ .

الإنسان حيا ، فله أهلية وجوب ، ومتى انتهى بالموت فقد الأهلية بنوعيها[1] .

وإذاً ، لا أهلية لغير الإنسان باعتبار ما فيه من صلاحية لتعلق الحقوق والواجبات به ، له وعليه ، سواء أجعلنا مناط هذه الصلاحية ما فيه من ذمة أم من إنسانية ؛ ولهذا يكون الفقه الإسلامى لم يعرف « الشخصية المعنوية » التى فرضها القانون لبعض الجهات والمؤسسات كالوقف ودور العلم والمستشفيات . وجعلها مناط ما يكون لها من حقوق وواجبات والتزامات يقتضيها ويؤديها من يلون أمورها . ومن ثم ، نجد بعض رجال الفقه يرون بأن الوقف ، مثلا ، لا ذمة له، فيقول : « المصرح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف ؛ إذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين إلا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع[2] » .

٤٤٩ — على أن هذا رأى غير معقول ؛ إذ من المتصور عليه أن المحكوم له وعليه قد يكون غير إنسان ، أى جهة أو مؤسسة بالتعبير الحديث ؛ قد يكون ، مثلا ، بيت المال أو جهة وقف ، أو داراً من دور العلم ، أو مستشفى من المستشفيات . ومن ثَمَّ ، يقال إن بيت المال وارث من لا وارث له ، فهذا حق ثبت له ؛ كما يقال بأن عليه نفقة من لا عائل له من الفقراء ، فهذا حق أو واجب ثبت عليه . ولذلك أيضا ، تصح الوصية للمساجد ولغيرها من المؤسسات العامة ، وهذا معناه بوضوح ثبوت حقوق والتزامات لهذه الجهات والمؤسسات وعليها .

إذاً ، هناك شخصيات معنوية عرفها الفقه الإسلامى ، وإن لم يعرف هذا التعبير الحديث ، وهناك من له أهلية وجوب غير الإنسان . ومن أجل ذلك ، نجد صاحب تنقيح الحامدية نفسه يذكر ما يأتى : « للمسجد وقف ، فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف ، ففعل ، وعزل الناظر ، ثم تولى

---

(١) راجع فى التفرقة بين الذمة والأهلية ، وبيان معنى كل منهما ، بعد تحليل دقيق لهما ، الفروق للقرافى حـ ٣ : ٢٥٠ — ٢٥٣

(٢) تنقيح الحامدية ، حـ ١ : ٢٢٢ .

ناظر وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً . فهل يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ، لأن حقه متعلق بريع الوقف ؟ أم يلزم الناظر الأول ؟ الجواب يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل »[1] .

من ذلك ، يكون من الواجب أن نعترف صراحة بما لبعض الجهات والمؤسسات من شخصية معنوية ، تتمثل في شخص القوّام عليها ، وتكون هذه الشخصية المعنوية ملاك أهلية الوجوب لها وعليها ، وبهذا تقوم المعاملات بين الناس على أساس سليم[2] .

٤٥٠ — ومهما يكن ، فأهلية الوجوب إما ناقصة وإما كاملة ؛ فهي ناقصة للجنين قبل أن يولد ، وكاملة بعد الولادة . وتكون ناقصة في تلك الحالة ، بمعنى أنه يجب له الحقوق التي لا تحتاج لقبول كالإرث والوصية وغلات الوقف والنسب[3] ؛

(١) تنقيح الحامدية ، حـ ١ : ٢٢٣ . ونجد مثل هذا في أسنى المطالب على روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي حـ ٢ : ٣٦٥ ، وفي نهاية المحتاج للرملي ، فللقيم على المسجد أو بيت المال الأخذ بالشفعة لهما بسبب الشركة في ملكية العقار المبيع إن وجد في ذلك المصلحة لهما .
ونص أسنى المطالب هكذا : « ولو كان للمسجد شقص (أي نصيب) من أرض مشتركة ، مملوكة له بشراء أو هبة ، ليصرف في عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة . إن رأى ذلك مصلحة . كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فيها ، فللإمام الأخذ بالشفعة إن رآه مصلحة » .
وفي منح الجليل (حـ ٣ : ٥٨٤) للشيخ عليش المالكي ، أن للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة إذا كان له شقص ، بسبب ميراث مثلا ، عندما يبيع الشريك .
وإذاً يثبت الملك بالهبة والوقف والوصية والشفعة ونحوها ، للمسجد وبيت المال ، ومعنى هذا ثبوت الذمة لهما التي هي مناط أهلية الوجوب ، ويقاس طبعاً أمثالهما عليهما .

(٢) لا تثبت أهلية الوجوب للإنسان وحده ، ولا لبعض الجهات والمؤسسات ، كالتي ذكرناها فقط ؛ بل سائر الحيوانات لها أهلية وجوب تستحق بها الإحسان إليها في المعاملة ، ديانة كما يرى أبو حنيفة وابن رشد من المالكية ، وديانة وقضاء أيضاً كما يرى بعض الفقهاء الآخرين حتى لترفع الدعوة من أجلها حسبة على المالك . انظر مذكرة الالتزامات في الشرع الإسلامي للعلامة المرحوم احمد ابراهيم طبعة سنة ١٩٤٥ ص ١١٢ — ١١٣ .

(٣) أما الحقوق التي تحتاج لقبول ، مثل الهبة ، فلا تثبت له ، لأنه لا يستطيع طبعا القبول ، ولأن الشريعة الإسلامية لا تجعل للجنين وليا أو وصيا يقبل عنه باسمه . لكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية تقضي بإقامة وصي على الجنين محافظة على ما يكون له من حقوق ، طبقاً لرأي بعض الفقهاء ، وهذا حسن وفيه صالح له .

لأن ليس له وجود مستقل وهو فى بطن أمه ، وإن كانت له حياته الخاصة ، ما دام ينتقل بانتقال أمه و يقر بقرارها . ولكن لا يجب عليه أى شىء من الحقوق للآخرين حتى إن اشترى له وليه من أب أو غيره شيء لا يجب عليه الثمن .

وإذا انفصل الجنين عن أمه بالولادة حياً ثبتت أهلية الوجوب كاملة ، وحينئذ يكون أهلا لثبوت الواجبات والحقوق عليه ، كما كان أهلا لثبوتها له قبل الولادة[1] . وهذه الأهلية تبقى له طول حياته ، من طفولته إلى مماته ، ولو صار معتوهاً أو مجنوناً جنوناً مُطْبِقاً دائماً .

وليس معنى هذا أنه يجب على الإنسان بعد ولادته كل شىء ، ولو كان طفلا ، بل لأنه لضعف بنيته وعقله قبل البلوغ لا يجب عليه إلا كل ما يستطاع أداؤه عنه من ماله من حقوق الله أو العباد .

٤٥١ — مثلا ، يجب أن يؤدى وليه عنه نفقة من يكون له من قريب أو زوجة وما يكون على أرضه من خراج ، وما يجب إخراجه من زراعته من عشر ، وضمان ما أتلف من حقوق العباد . ولكن لا يجب عليه شىء من العبادات البدنية كالصلاة والصوم ، أو المالية كالزكاة لأن المقصود من فرضها هو الأداء لا المال ؛ ليظهر المطيع من العاصى ، أو البدنية المالية كالحج[2] .

وزكاة الفطر فيها معنى العبادة ، كما فيها الناحية المالية . وللناحية الأولى ، لم يوجبها على الطفل ومن فى حكمه ، كالمعتوه والمجنون ، بعض الفقهاء كالإمامين محمد وزفر ؛ على حين راعى آخرون كأبى حنيفة وأبى يوسف ، الناحية المالية فجعلاها واجبة عليهم فى أموالهم ، ولعل فى هذا الرأى خيراً للفقراء والمساكين من المستحقين .

وكذلك ، نرى هذا الخلاف بين الفقهاء فى زكاة المال ؛ فالأحناف لم يوجبوها على الطفل ومن يلحق به ؛ على حين نظر الأئمة الثلاثة ، الشافعى ومالك وأحمد ،

---

(١) انظر مرآة الأصول ، ص ٥٩٢ ؛ والتلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٢٩ — ٧٣٠ .
(٢) انظر مرآة الأصول ، ٥٩٢ — ٥٩٤ ؛ التلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٣٠ — ٧٣١ .

إلى المعنى المالى فيها فجعلوها واجبة فى مال القاصر ، وهذا أيضاً خير للمستحقين . وبخاصة وهذا المجتمع ، بما له من قوانين ومنفذين لها ، هو الذى يحافظ على الملكيات والأموال عامة ، فواجب إذاً أن يؤخذ من كل مالك زكاة ماله لمصلحة المستحقين لها وللمجتمع بصفة عامة

٢- أهلية الأداء

٤٥٢ — هذا الضرب من الأهلية هو الذى تتوقف عليه المعاملات والتصرفات على كافة أنواعها ، قولية كانت أو فعلية ، كما تتوقف عليه بحق ، حقوق الله أيضاً من صلاة وصوم وحج وما سواها . وهى ، لهذا ، إما ناقصة وإما كاملة تبعاً لما يكون عليه الإنسان فى أطوار حياته ؛ أى طور الطفولة ، وطور التمييز قبل بلوغ الرشد الكامل ، وطور الرشد إلى نهاية الحياة .

وللإنسان فى كل طور من هذه الأطوار ، ولكل حالة من حالاته من صحة ومرض ، له أحكام بالنسبة لتصرفاته تختلف عن الأحكام فى الأطوار والحالات الأخرى ، اختلافا يرجع إلى ما يكون له من عقل يدرك ما يقدم عليه من قول أو فعل .

ملاك أهلية الأداء هو ، إذاً ، التمييز والعقل ؛ فالعقل القاصر تثبت به أهلية قاصرة ، والعقل الكامل تثبت به أهلية كاملة . والأول عقل الصبى المميز الذى يدرك الخير من الشر ، ويعرف ما فيه النفع والضرر من الالتزامات والتصرفات . والثانى عقل من بلغ رشده ووصل عقله إلى كماله[1] . أما الطفل ، منذ ولادته إلى أن يدرك سن التمييز ، فلا تثبت له أهلية أداء ، لا كاملة ولا قاصرة أو ناقصة .

٤٥٣ — من أجل ذلك ، نستطيع أن نقول مع الأصوليين : إن الإنسان ، من هذه الناحية ، يمر بأطوار ثلاثة : طور قبل سن التمييز ، وطور التمييز ، وطور البلوغ .

---

(١) انظر مثلا مرآة الأصول ، ص ٥٩٤ — ٥٩٥ ؛ التلويح والتوضيح ، جـ ٢ : ٧٣١—٧٣٢

فالطفل منذ يولد تثبت له أهلية الوجوب كاملة ، لكنه لا تثبت له أهلية أداء مطلقاً ، لا كاملة ولا ناقصة قبل سن التمييز . فكل عقوده وتصرفاته باطلة لا تترتب عليها أى آثار شرعاً ، ومثله المجنون ومن فى حكمه[١] ، و إن كان يؤاخذ بجنايته مالياً فيما لو قتل إنسانا أو أتلف مالا لأحد مثلا .

ويقوم مقامه فى هذا الطور ، فى مباشرة ما تدعو إليه الحاجة من العقود والتصرفات ، من يلى أمره من أب أو جد أو وصى . و يستمر الأمر هكذا ، حتى يبلغ سن التمييز ، أى السابعة من عمره .

٤٥٤ — و إذا شب الطفل وصار صبياً ، بأن بلغ السن التى تعتبر سن التمييز عادة ، وصار عارفاً للمراد من العقود ولمعاني الألفاظ والعبارات الدالة عليها والمستعملة فيها كانت له أهلية أداء ناقصة ما دام لم يبلغ سن الرشد[٢] .

وتصرفات الإنسان فى هذا الطور ، طور الصبا والتمييز ، على ثلاثة أقسام :

ا) ما يصح و ينفذ متى قام به دون حاجة لإجازة من وليه ، وهذا هو العقود والتصرفات النافعة نفعاً محضا ؛ مثل قبول الهبة والوصية والكفالة بالدين ، فهذه تصرفات كلها نفع واضح ، فلا حاجة لتوقف صحتها ونفاذها على ولى أمره .

ب) ما كان ضاراً ضرراً محضا لا نفع فيه بحال ، مثل طلاق امرأته[٣] ، وكفالته بالدين أو بالنفس ، وتبرعه على أى وجه كالهبة والوصية[٤] والوقف و إقراضه كل ذلك لا يصح ولا ينفذ ولو أجازه وليه ، بل لو قام الولى عنه ببعض هذه العقود والتصرفات كانت غير جائزة ؛ لما فيها من الضرر .

حـ) ما كان متردداً بين النفع ، لاحتمال الربح ، و بين الضرر لاحتمال الخسران

(١) مثل المعتوه الذى لا يميز (٢) يلحق به المعتوه الذى يميز ، والمحجور عليه ، لسفه أو غفلة أو دين ، والمريض مرض الموت ؛ فلكل منهم أهلية أداء قاصرة ، كما سيأتى .

(٣) قد يكون من النافع للصبي أحيانا صحة طلاق امرأته ، ولهذا يرى شمس الأئمة السرخسى فى أصول الفقه أن طلاقه واقع إن دعت إليه الحاجة ، انظر شرح نور الأنوار ، جـ ٢ : ٢٥٨ .

(٤) أجازت المادة الخامسة من قانون المجالس الحسبية الصادر سنة ١٩٤٦ أن يوصى القاصر بإذن من المجلس الحسبي .

وهو يصح برأى الولى و إذنه . ومن هذه العقود البيع والشراء ، والتأجير والاستئجار والزواج ، والمزارعة ، والمساقاة ، والشركات ، ونحوها . هذه التصرفات تنشأ صحيحة من الصبى المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولى و إجازته ؛ فإن ظفرت بها نفذت ، و إلا بطلت[1] .

٤٥٥ — والسبب فى هذا واضح ؛ فالصبى فى طور التمييز قبل البلوغ يكون له من العقل والإدراك جانب غير قليل يعرف به ما فيه النفع أو الضرر ، إلا أن ذلك لا يكون كاملا فيه ، فوجب جبر هذا النقصان برأى وليه وإجازته .

و إباحة إقدامه على هذه العقود والتصرفات وممارستها بصفة عامة ، حتى ما كان منها متردداً بين النفع والضرر ، تقضى بها ضرورة تربيته وتعويده السير فى الحياة . إذ فيها مرانة له واختبار لعقله ومداركه ، و بذلك يمكن أن نحكم له أو عليه متى بلغ سن الرشد . وعلى هذا يصح أن نفهم قوله تعالى فى سورة النساء : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » .

وهنا قد يقال : كيف لا تصح الوصية من الصبى المميز ، دون إجازة وليه ، مع أن فيها ثوابا له فى الآخرة ، ولن يحرم مما أوصى به فى الدنيا إذ لا تنفذ الوصية إلا بعد الموت ! وعلى هذا يردُّ صاحب التلويح والتوضيح[2] بأن فى الوصية نفعاً للموصى حقاً ؛ ولكن الإرث كذلك فيه نفع أخروى له ، كما فيه نفع دنيوى لوارثه وهو قريبه ، وصلة القريب أكثر ثوابا وأفضل لدى الله من صلة الموصى له وهو أجنبى عنه ، وفى الوصية إبطال لحق الوارث فى المقدار الموصَى به من التركة . وفى ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لأَنْ تَدَعَ ورثتك أغنياء ، خيرٌ من أن تَدَعهم عالة يتكففون الناس » ، وهذا حق لا ريب فيه ، ولكن لعل من الحق ألا نمنعه

---

(١) أنظر فى هذه الأقسام الثلاثة ، مرآة الأصول ، ص ٥٩٧ — ٦٠٠ ؛ التلويح والتوضيح حـ ٢ : ٧٣٣ — ٧٣٥ ؛ مذكرة الالتزامات فى الفرع الإسلامى للشيخ أحمد ابراهيم ، ص ١١٩ — ١٢٤ .

(٢) حـ ٢ : ٧٣٥ .

من الوصية إذا كان ورثته ليسوا بحاجة للجزء الذى سيوصى به ؛ فذلك لايضرهم وفيه مصلحة اجتماعية وصلة لآخرين محتاجين .

على أنه إذا كان الأحناف قد ذهبوا إلى بطلان وصية الصبى المميز مطلقاً ، فقد أجازها الشافعى[1] وغيره من فقهاء المدينة ، إذا كانت فى وجه من وجوه البر . ولعل هذا الرأى ، فضلا عما قدمناه ، هو ماجعل قانون الوصية الجديد يرى جوازها بإذن من المحكمة الحسبية بعد أن يقدر الظروف والملابسات طبعاً .

٤٥٦ — وأخيراً ، إذا بلغ الإنسان طور البلوغ ؛ بأن وصل إلى السن التى اعتُبِرَت شرعا وعادة أمارةً على بلوغ الرشد ، أو ظهرت عليه أمارته ، صارت له أهلية أداء كاملة .

والأصل أن كمال هذه الأهلية — لتثبت له وعليه كل الحقوق والواجبات ، ولتعتبر كل عقوده وتصرفاته نافذة شرعا وقانوناً بلا توقف على إجازة من أحد — هو بالعقل — ولكن جعل الشارع مناطها البلوغ ، بالسن أو العلامات المعتادة المعروفة ، لأنه مظنّة العقل ، ولأنه أمر ظاهر لايخفى ، والأحكام يجب أن ترجع إلى علل وأسباب مضبوطة واضحة .

ولكن إذا بلغ الصبى سن البلوغ ، أو ظهرت عليه فعلا أماراته ، وظهر منه مع هذا مايدل على نقص العقل أو اختلاله ، لايمكن القول بأنه قد ثبت له أهلية الأداء كاملة . فإن هذا الكمال مشروط بأمرين : البلوغ ، والرشد ، لابد منهما معا ، فاداما لم يتحققا فى الصبى لايعتبر كامل الأهلية مهما علت به السن ، وإذاً لايسلمه ولىُّ أمره ماله ، وهذا ماتفيده آية سورة النساء التى سبق أن ذكرناها وهى : « وابتَلُوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم »

---

(١) نهاية المحتاج ٦ : ٣٤ ؛ الوجيز ج ١ : ٢٦٩ وفيه : « وفى الصبى المميز قولان لترددها (أى الوصية) بين مشابه القربات والتمليكات » ٢٦٩ أيضاً .

فهى صريحة فى وجوب اجتماع البلوغ والرشد ،أو بعبارة أخرى ضرورة أن يبلغ الصبى راشداً ؛ ليكون له أهلية كاملة فى كل عقوده وتصرفاته .

وفى هذا ، جاء فى تفسير القُرْطُبيّ لهذه الآية : « قال سعيد بن جُبَيْر والشعبى : إن الرجل ليأخُذُ بلحيته ومابلغ رشده ، فلا يُدفع لليتيم مالُه وإن كان شيخا حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : لايعطى اليتيم ، وإن بلغ مائة سنة ، حتى يُعلم منه إصلاح ماله » . على أن الجصَّاص[1] يذهب فى تفسير هذه الآية نفسها إلى مايفيد مذهب أبى حنيفة ومن معه ، ممن لايجيزون الحجر على الحر البالغ العاقل ، لأن اسم الرشد يقع على العقل وإن كان صاحبه سفيها .

وهذا الرشد ، قد نصيب إذا قررنا بأنه حُسْنُ القيام على المال والثروات ، بحسن استغلالها وتدبيرها ، وهذا مايختلف باختلاف الأشخاص فى المركز الاجتماعى والبيئة والثقافة .

٤٥٧ — أما البلوغ بالسن ، إذا لم تظهر أماراته ، فقد حدده الصاحبان وكثير غيرهم من الفقهاء ببلوغ خمس عشرة سنة للذكر والأنثى ، وحدده أبوحنيفة ببلوغ السابعة عشرة للبنت والثامنة عشرة للولد .

لكن الحياة الحديثة التى نحياها هذه الأيام ، جعلت من الضرورى رفع سن البلوغ إلى تمام إحدى وعشرين سنة ، حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ . وذلك لأن الشبان يكونون غالباً قبل هذه السن فى دور التعليم ، ومن ثَمّ تنقصهم الخبرة العملية بالحياة ، فمن الخير ألا تنتهى الوصاية قبل إتمام السنة الحادية والعشرين . لكن هذا القانون، رأى متأسياً بحكمة القرآن ، ضرورة التدرج بالقُصَّر واختبارهم ، فأباح لهم (المادة ٢٩ منه) أنواعاً من التصرفات المالية متى بلغوا الثامنة عشرة ؛ من تسلم أموالهم وإدارتها بأنفسهم ، من زراعة الأرض ، وتأجير

(١) أحكام القرآن ، حـ ١ : ٤٨٩ ومابعدها ، طبع الإستانة سنة ١٣٣٥ هـ. وحـ ٢ : ٦٣

ما يملك مدة عام فأقل ، وقبض دخله والتصرف فيه ، وما يلزم لأملاكه من حفظ وصيانة .

على أن هذه التصرفات التى أباحها القانون لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره ، لها من المرونة ما يجعلها تتسع لكثير من التصرفات الأخرى التى لا تتم إلا بها ؛ مثل بيع المحصول ، وشراء ما يلزم للزراعة من آلات و بذور وسماد ، واستئجار ما يلزم لها أيضاً من عمال ، وعقد الصلح أحيانا مع المستأجرين أو نحوهم ، ممن يتصل بهم القاصر بحكم إدارة أمواله بنفسه ، إلى غير ذلك كله من العقود والتصرفات المختلفة .

هل أراد واضع القانون هذا كله ؟ لا نظن ، و بخاصة والمادة ٢١ منه توجب على الوصي استئذان المجلس فى بعض التصرفات التي تبيحها المادة ٢٩ للصبي دون إذن ! مثل إجراء الصلح و بيع الأوراق المالية أو رهنها ، وليس من المعقول أن يباح للصبي ما لا يباح لوصيه إلا بإذن المجلس ! نعتقد أن الأمر لا يعدو سوء صياغة وعدم تحديد للمراد ، مع أن الفكرة فى القانون تميل إلى تقييد تصرفات من لم يبلغ الرشد .

عوارض الأهلية

٤٥٨ — أهلية الوجوب ، متى ثبتت كاملة للإنسان بولادته حياً تظل كذلك طول حياته ، فتلازمه فى عامة أحواله ؛ فى صحته ومرضه ، و يقظته ونومه ، و إفاقته وسكره ، ورشده وسفهه ، وصحة عقله وعتهه وجنونه ، وحريته ورقه ، وهكذا يبقى كامل أهلية الوجوب حتى يتوفاه الله تعالى . وعلى هذا ، ليس صحيحا ما ذكره صاحب التلويح[1] من أن الكلام فى عوارض الأهلية يشمل أهلية الوجوب وأهلية الأداء معاً .

هذه العوارض لا تصيب إلا أهلية الأداء فقط . فمنها ما يزيلها تماماً ، كالنوم والجنون والإغماء ؛ ومنها ما لا يزيلها بالكلية ، بل ينال منها بالنقص ، مثل العته

(١) ح ٢ — ٧٣٦ .

والرِّق، ومنها ما لا يزيلها ولا ينقصها ، ولكن ينال بالتغيير بعض أحكام ما أصيب بها ، لصالحه وصالح المجتمع عامة ، كالسفَه والدَّين والسكر .

ثم منها ، من ناحية أخرى ، ما هو سماوى من الله لا دخل للمرء فيه ، كاختلال العقل بالعَتَه أو زواله بالجنون ؛ ومنها ما يصيب المرء بسببه هو ، وهذه حالة السَّفَه والسكر والدَّين مثلا ، وهذه هى العوارض المكتسبة ، بجانب الضرب الأول من العوارض السماوية .

٤٥٩ — وهذه العوارض ، سماوية أو مكتسبة ، وسواء كانت تزيل الأهلية ، أم تنقصها أم تغير بعض أحكام من أصيب بها ، هى الجنون ، والعته ، والسكر ، والنوم ، والإغماء ، والسفه ، والغفلة ، والدين ، ومرض الموت .

ولم نذكر منها الصغر والحيض والنفاس والموت ، كما فعل صاحب التلويح[1] ، وكما جاء فى مرآة الأصول[2] ؛ لأن الإنسان وهو طفل صغير ليس له أهلية أداء مطلقاً حتى يكون الصغر من عوارضها ؛ ولأن أثر الحيض والنفاس هو فى إسقاط بعض العبادات أو تأخيرها ، ونحن نبحث الآن فى المعاملات ؛ ولأن الموت متى حل أزال الحياة والمرء بالكلية ، ونحن نتكلم عن حكم تصرفات الإنسان الحى متى عرض لأهليته عارض من العوارض . فلنتكلم إذاً عن كل من العوارض الأخرى التى ذكرناها قبل .

١ — الجنون :

٤٦٠ — الجنون سواء كان أصلياً أم طارئاً ، يزيل العقل والتمييز جملة بالكلية ولهذا تزول أهلية من أصيب به فيصير كالطفل ، فتكون كل تصرفاته من قول أو فعل لاغية لا أثر لها . غير أنه قد يكون مُطبِقاً دائماً ، وقد يكون متقطّعاً ؛ وحينئذ تكون تصرفاته حال وجوده لا قيمة لها ، وتصرفاته حال الإفاقة صحيحة كتصرفات العاقل سواء بسواء .

---

(١) حـ ٢ : ٧٣٦

(٢) حـ ٢ : ص ٦٠٠

على أن المجنون مؤاخذ مالياً فى أفعاله إذا أتلف مال إنسان ؛ وذلك « لتحقق الفعل ، [وهو الإتلاف] حساً ، ولعصمة المحل شرعاً ، والعذر لا ينافيها ، مع أن المقصود هو المال ، وأداؤه يحتمل النيابة »[١] . وقد تقدم مثل هذا فى الصغير الذى لا يعقل ، من وجوب ضمان ما يتلفه مالياً ، دون اعتبار إقراراته وعقوده .

ومن ناحية العبادات ، لا يسقطها الجنون إلا إذا كان ممتداً ، والامتداد فيما يختص بكل عبادة يتقدر بحسبها ؛ ففى الصلاة بالزيادة عن يوم وليلة ، وفى الصوم باستغراق الشهر ، ولو أفاق فى بعضه وجب عليه القضاء ، وفى الزكاة بتمام الحول عند محمد ، وهو رواية عن الشيخين أيضاً[٢] .

٢ - العته :

٤٦١ — هو اختلال العقل ، اختلالاً طبيعياً آناً فآناً ، بحيث يشبه من يصاب به العقلاء أحيانا والمجانين أحيانا . وحكمه حكم الصبي مع العقل ، أى الصبي المميز ، كما يقول صاحبا التلويح والتوضيح ، ومن أخذ إخذهما كصاحب مرآة الأصول[٣] .

وليس من الحق أن نطلق القول هكذا فى المعتوه ، فنجعله كالصبي المميز فى أحكامه فى كل حال ، بل الحق — فيما نرى — أن نجعل الحكم فى تصرفاته من ناحية الصحة والبطلان تبعاً لحالته العقلية ومقدار إدراكه ؛ فإن كان فى هذا كالصبي المميز ، أخذ حكمه ؛ وإن كان دونه ، كان حكمه حكم الصبي غير المميز .

٣ـ السكر[٤] :

٤٦٢ — هذا العارض يُذهب العقل فترة ما من الزمن ، قد تطول أو تقصر ، والمرء وهو سكران لا يعى ما يقول ، ولا يقصد إلى ما يصدر عنه من قول أو فعل .

---

(١) مرآة الأصول ، ص ٦٠٤

(٢) انظر الكتاب نفسه ، ص ٦٠٢ وما بعدها ؛ والتلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٣٦ ومابعدها

(٣) التلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٣٩ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٠٦ وانظر فى تعريف المعتوه ، وعدم وقوع طلاقه ، إعلام الموقعين لابن القيم ، حـ ٤ : ٤٢

(٤) تكلمنا بإيجاز فيما سبق عن أثر السكر فى التصرفات والآن نتكلم عن ذلك بشىء من التفصيل .

ولأن السكر هكذا، أى يذهب بالعقل والإرادة والقصد، يرى كثير من الفقهاء، على اختلاف مذاهبهم، أنه يزيل الأهلية، فلا تصح معه عقود السكران وأقواله وأفعاله، أى تصير كلها لغواً لا أثر له؛ سواء فى ذلك الالتزامات والمعاوضات، والإسقاطات والإطلاقات والتقييدات، والزواج، وغير هذا كله من التصرفات، وإن كان مؤاخذاً مع هذا بجناياته وما يتلفه من مال، فعليه ضمانه وسواء، أكان السكر من أمر مباح كبعض الأدوية أو البنج، أم من محظور كالخمر. وسواء أكان قد سكر مريداً مختاراً، أم مضطراً مكرهاً.

هؤلاء الفقهاء، نظروا إلى السكر فى نفسه وذاته، فحكموا بإبطال تصرفات من ابتُلِى به، لذهابه بالعقل — كما قلنا — وما يكون عنه من إرادة وقصد، لما يقول السكران ويفعل.

٤٦٣ — من هؤلاء العلماء، شمس الدين بن القيم، فقد تكلم عن هذا فى تفصيل[1]. فقد ذكر أن الحالف أو المطلِّق الزائل العقل بجنون، أو إغماء، أو شرب مسكر، يعذر به أو لا يعذر، لا يقع يمينه وطلاقه[2]. ويَرْوِى فى هذا حديثاً عن عثمان رضى الله عنه: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق. ويعلل ابن القيم، ومن ذهب مذهبه، هذا بأن السكران لا يعقل، مهما كان السبب، ومهما كانت المادة التى سكر بها، فتصرفاته إذاً لغو كلها، حتى الإقرارات والبيع والشراء والعتق والهبة والوقف وغيرها.

ويذكر ابن القيم أن ممن ذهب إلى عدم وقوع طلاق السكران من الأحناف، أبا جعفر الطحاوى وأبا الحسن الكرخى، وأبا يوسف وزفر، كما حكاه صاحب النهاية عنهما؛ ومن الشافعية المزنى وابن شريح وآخرين اتبعوهما، ثم قال: «والصحيح أنه لا عبرة بأقواله؛ من طلاق، ولا عتاق، ولا بيع، ولا هبة، ولا وقف، ولا إسلام

(١) إعلام الموقعين، ﺣ ٤: ٤٠ — ٤٢.

(٢) إعلام الموقعين، ﺣ ٤: ٤١، ويجرى العمل الآن فى المحاكم الشرعية على أن طلاق السكران، مطلقاً، لا يقع، كما هو معروف.

ولا ردّة ، ولا إقرار ، لبضعة عشر دليلا ليس هذا موضع ذكرها[1] » . على أنه ذكر من هذه الأدلة قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » . وأمر الرسول باستنكاه « ماعز » لما أقر بالزنا بين يديه ، ليعلم أهو سكران فلا يؤاخذه بإقراره، أولا ؛ وعدم أمره حمزة بتجديد إسلامه لما قال فى سكره والرسول يخاطبه ويلومه : هل أنتم إلا عبيد لآبائى ! وفتوى عثمان وابن عباس بعدم وقوع طلاق السكران . وإن الحق قياس السكران بمحظور أو بغير عذر على السكران بمباح أو بعذر ، ما دامت بينهما علة واحدة مشتركة تقضى ببطلان تصرفاتهما ، وهى زوال العقل[2] .

٤٦٤ — ذلك هو رأى هذه الطائفة من العلماء الأعلام . أما جمهرة الفقهاء فلا تنظر إلى السكر نظرة هؤلاء ، أى إليه فى ذاته باعتباره مزيلا للعقل مناط التكليف وعلة اعتبار التصرفات وجعلها أسباباً لأحكامها وآثارها . إنهم ينظرون لا إلى السكر فى نفسه ، بل إلى سببه وإلى وقوعه بالرضا أو الإكراه .

ومن أجل هذا ، يرون أن السكر إن كان بالرضا وبأمر مباح ، كالبنج والدواء كانت التصرفات التى تصدر عن السكران فى هذه الحالة لا قيمة لها فهى لغو لا أثر لها ، وكذلك الأمر إن كان السكر قد حدث بإكراه ملجىء ، لأن السكران معذور فى هذه الحالات كلها .

أما إن حدث السكر بإرادة الإنسان وقصده ، وبمادة محرمة محظورة ، كالخمر وما يجرى مجراها ، لم يكن السكران معذوراً ، وإذاً فكل تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة ، عقاباً وزجراً له ولأمثاله ؛ سواء فى ذلك الزواج والطلاق ، والبيع والشراء ، والإجارة والاستئجار ، والرهن والكفالة ونحوها ، إلى غير هذا كله من ضروب العقود والالتزامات .

(١) إعلام الموقعين ، حـ ٤ : ٤١ .
(٢) إعلام الموقعين ، حـ ٤ ص ٤١ — ٤٢ .

٤٦٥ — نجد هذا الرأى مبثوثاً فى تضاعيف كتب الفقه عند الكلام على العقود المختلفة ، والزواج والطلاق ، وفى باب الأشربة . وفيه جاء فى شرح المصنف على المنار ، فى شرح أصول فخر الإسلام : « والأصل أن القدرة إذا عدمت بآفة سماوية ، كالجنون والعته ، لم يبق مخاطباً ؛ إذ لو بقى مخاطباً لكان تكليفاً بما ليس فى الوسع ، وهو مردود بالنص . وإن عدمت بمعنى من جهة العبد ، بقى مخاطباً ؛ لأن القدرة ليست بشرط ، ولكنها جعلت باقية تقديراً ؛ زجراً وتنكيلا ، فإذا كان سبب السكر معصيةً لم يعد عذراً ، فلزمه أحكام الشرع ، ولم يوضع عنه الخطاب ، وكذا إذا كان مباحاً مقيداً بشرط ألا يسكر منه وهو ما يُتَلَهَّى به فى الأصل . وإذا كان مباحاً مطلقاً ، جُعل عذراً لِفَوْتِ القدرة[1] .

هذا الرأى ، كما رأينا لا ينظر إلا إلى سبب السكر ، ووجوب التنكيل بالسكران إن كان سكره بمعصية ؛ ليكون ذلك زاجراً لغيره أيضاً .

٤٦٦ — ولكننا نرى أن : « الزجر والتنكيل » يحصلان بتوقيع الحد الشرعى على السكران ، فهو العقاب الوحيد الذى رتبه الشارع الحكيم على هذه الجريمة . ومن المقرر شرعاً وقانوناً أن الجريمة الواحدة لا يجوز أن يكون عليها عقوبتان ؛ فالعقوبة يجب ألا تصيب غير المجرم ، وتصرفات السكران تتعدى آثارُها لغيره إلى حدّ كبير إذا باع أو اشترى أو التزم أى التزام . فليس لنا إذاً أن نبطل هذه التصرفات ، فيكون هذا سبباً فى اضطراب المعاملات بين الناس ، مادمنا نستطيع أن نعاقب السكران وحده بتوقيع الحد الشرعى عليه[2] .

لهذا كلّه ، نميل إلى الأخذ بالرأى الأول ، نعنى رأى ابن القيّم وأمثاله ، بالنظر إلى السكر فى ذاته وإذهابه للعقل مناط صحة التصرفات جميعها ، فلا نبطل شيئاً منها . وإن كنا نؤاخذه مالياً بما يقع منه من إتلاف لمال الغير ، فنوجب عليه ضمانه ؛

(١) حـ ٢ : ٢٩١ — ٢٩٢

(٢) وانظر مختصر الطحاوى ص ٢٨٠ ، ففيه أن كل تصرفات السكران نافذة .

وبجناياته ، كما إذا قتل أو زنى مثلا وهو سكران ، وثبت هذا وذاك بالبينة لا بالإقرار فنقتص منه ونقيم عليه الحد إذا زايله السكر وعاد إلى العقل .

٤ - النوم :

٤٦٧ — هذا العارض ، وهو أمر طبيعي يعترى الإنسان فى فترة غير قليلة من حياته ، لا يزيل العقل وإن كان يمنعه عن العمل ؛ كما أنه لا يزيل الحواس الظاهرة ، ولكن يمنعها أيضاً عن العمل . ومادام جوازُ التصرفات ونفاذُها وترتّبُ أحكامِها وآثارِها عليها موقوفاً على العقل وقصد المرء إليها ؛ كان لابد شرعاً وقانوناً من عدم اعتبار أى تصرف أو التزام يصدر عن النائم ، فكل ذلك مُلْغًى لا أثر له ، أى تزول الأهلية مؤقتاً بسببه . فلو فرضنا أن نائماً تلفظ بما يفيد عقد بيع ، أو شراء ، أو عِتق ، أو زواج ، أو طلاق ، أو غير ذلك كله من العقود والتصرفات التى يشترط فيها القصد والاختيار ، كان كله باطلا لا قيمة ولا أثر له[1] .

هذا فى المعاملات . أما العبادات ، فما وجب منها حال النوم يستمر واجباً لا يسقط ، ولكن يتأخر وجوب أدائه حتى يستقيظ من النوم ويعود الأداء ممكناً . ولذلك ، نرى الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من نام عن صلاة ، أو نسيها ، فليصلها إذا ذكرها » ، فإن هذا معناه أن الوجوب نفسه لم يسقط ، ولكن الأداء هو الذى تأخر إلى حين الإفاقة من النوم أو الذكر بعد النسيان ، وإلا لما أمر الرسول بقضائها . وفى لفظ « عن » ، كما يذكر صاحب التلويح[2] ، إشارة إلى وجوب الصلاة حال النوم ، وإلا لما كان نائماً عنها .

٥ - الإغماء :

٤٦٨ — هو فتور غير طبيعى ، وبهذا فارق النوم ، لأنه حالة طبيعية للإنسان ، يعجز به الإنسان عن استعمال عقله وسائر قواه . وهو ، وإن كان أندر عروضاً للمرء من

---

(١) التلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٤١ ؛ مرآة الأصول ، ٦٠٩ .
(٢) حـ ٢ : ٧٤١ .

النوم إلا أنه أقوى منه ؛ فى تفويته القدرة على الانتفاع بأية قوة من قواه ، وفى أنه ربما لايفارق من يصاب به إذا أريد تنبيهه ، بخلاف النوم فإن التنبيه منه سهل ميسور .

لذلك ، يكون المغمى عليه طول إغمائه مثل النائم حال نومه ، سواء بسواء ، فى العقود والالتزامات وسائر التصرفات ، إذ لا يتصور من المغمى عليه أن يقصد شيئاً منها ويريده [1] .

٦- السفه :

٤٦٩ — هذا من العوارض المكتسبة ، فإنه عدم تدبير المال على الوجه الذى ينبغى ، وإنفاقه على خلاف العقل والحكمة . والسفيه ، أهلية الأداء عنده كاملة ، فالسفه لا يؤثر فيها ، لأن السفيه يعمل على خلاف مقتضى العقل مكابرة ، على اختيار منه ، برغم ما يقدم له من نصح .

والكلام هنا فى حالتين : من بلغ سفيهاً ، ومن صار سفيهاً بعد بلوغه راشداً .

٤٧٠ — ١) من بلغ سفيهاً ، لا خلاف بين العلماء فى منع ماله عنه وإبقائه تحت وليه ، لقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها » [2] . وهذا المنع يستمر أبداً عند الصاحبين ؛ لأن الله نفسه علق تسليم أمثالهم أموالهم بظهور الرشد منهم ، كما جاء فى الآية التى تليها ؛ وعند الإمام يستمر المنع حتى يبلغوا سن الرشد وهو خمس وعشرون سنة ، إقامة لسبب الرشد ظاهراً

---

(١) ويرجع فى أحكام النائم والمجنون والمغمى عليه إلى الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ١٣٨ وما بعدها ؛ وفى السكران ، ص ١٤٠ وما بعدها . والنسيان ليس من عوارض الأهلية عند الأحناف ولهذا لم نذكره هنا ، ولكن نشير إلى أن السيوطى فى كتابه الأشباه والنظائر (ص ١٢٤ وما بعدها) تناول الكلام عن الناسى والجاهل والمكره ، إلا أن أكثر ما ذكره عن الأحكام فيما يخص هؤلاء الثلاثة هو فى مسائل الحلف بالله والطلاق .

وكذلك فعل ابن القيم ، إعلام الموقعين حـ ٤ : ٧٠ وما بعدها ، و ٧٩ وما بعدها ، حيث تعرض لمثل هذا فى مسائل الأيمان والطلاق أيضاً .

(٢) النساء مدنية ٤ : ٥ .

مقام نفسه حقيقة ، و بعد هذه السن يدفع لمن بلغ سفيهاً ماله « أونِسَ منه الرشد أو لم يُؤنَس »[١] .

وفى هذه الفترة من حياة من بلغ سفيهاً ، أعنى فترة منع ماله عنه ، مع الاختلاف فى تحديد نهايته بين الإمام وصاحبيه على ما بينا ، لا تنفذ تصرفاته إلا ما كان نفعاً محضاً له ، عند أكثر العلماء وعلى الرواية الراجحة عند الإمام أيضاً . وفى رواية أخرى عنه : أن تصرفاته صحيحة مثل العقلاء تماماً لكمال أهليته عنده ، ويكفى منع ماله عنه تأديباً ونظراً لصالحه .

٤٧١ — ب) أما من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً ، فإن الإمام لا يجيز الحجر عليه مطلقاً ، أى فى العقود والتصرفات التى تحتمل الفسخ و يبطلها الهزل ، وفى غيرها أيضاً . و يرى الصاحبان جواز الحجر عليه فى كل عقد أو تصرف يقبل الفسخ و يبطله الهزل ، كالبيع والإجارة والتبرعات .

وقد نظر أبو حنيفة فى رأيه إلى أن أهلية السفيه كاملة متى كان قد بلغ عاقلا ، إلا أنه لا يسير حسب العقل مكابرة منه ؛ ثم هو حُرٌّ فى تصرفاته فى الأصل ، والحجر ينافى الحرية ، وفيه إهدار لإنسانيته ، وهى أجل خطراً من المال الذى يراد حفظه بالحجر عليه ؛ و بخاصة ، وقد صدر التصرف من أهله مضافاً إلى محله ، فلا يمنع صحته ونفاذه . وفضلا عن هذا وذاك ، فكل ما نخشاه من عدم الحجر على السفيه هو ضياع ماله أو جزء منه بلا سبب موجب إلى غيره . ونقول : وما ضرر هذا ؟ إنه بهذا تذهب الأموال إلى من يحسن القيام عليها ، بدل أن تظل دائماً وقفاً على ملا كها الذين لا يحسنون تدبيرها ، وفى هذا خير الجماعة بعامة[٢] .

---

(١) التلويح ، حـ ٢ : ٧٨١ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٥٤ . وانظر مختصر الطحاوى أيضاً ص ٩٧ — ٩٨ فى الخلاف بين الإمام وصاحبيه فى مسائل الحجر على السفيه أو عدم الحجر عليه ، وأمد ذلك .

(٢) أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ للمحجور عليه لسفه أو غفلة أن يوصى كما يشاء بإذن المجلس الحسبي .

أما الصاحبان ، فقد نظرا إلى مصلحة السفيه نفسه وحدها ، هذه المصلحة التى توجب أن يكون غيرُه قوّاماً عليه ، محافظة على ماله من الضياع ، ولئلا يكون بعد هذا إن أفلس عيالا على المسلمين ، مستحقاً للنفقة فى بيت المال . وقد استدلا أيضاً بآية النساء السابق ذكرها : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » فما دامت علة منع المال عنه ، وهى السفه ، موجودة ، فلا يُسَلَّم إليه ماله ، وليس هذا إلا الحجر ، نظراً له والمسلمين بعامة .

٤٧٢ — وإذا كان من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً يحجر عليه عند الصاحبين ، فهل ينحجر عليه بالسفه متى ثبت عليه ، أم نحتاج إلى قضاء القاضي بذلك ؟

قال بالأول الإمام محمد بن الحسن ، فكل تصرف صدر منه بعد ثبوت السفه عليه يكون باطلا ، ولو لم يصدر عليه حكم القضاء بالحجر للسفه ، فإن العلة متى وجدت يجب أن يوجد معها معلولها ، بلا توقف على شيء آخر . والأمر فى هذا كالمعتوه ، فإنه يعتبر محجوراً عليه متى تحقق عتهه ، دون حاجة للقضاء بذلك .

وقال أبو يوسف ، وهو الذى كان قاضى القضاة فى دولة بنى العباس ، إنه لابد من قضاء القاضى بالحجر ، وكل تصرف كان قبل الحكم من القضاء بالحجر يكون صحيحاً ؛ وهذا حتى لا يضارّ مَن تعامل مع السفيه عن غير بينة وتحقق من حاله ، أو لأنه يرى عدم الحجر على السفيه . وبخاصة ، وفى الحجر عليه أو عدمه خلاف كبير بين الفقهاء كما رأينا ، فحسما للخلاف يجب أن يحكم القضاء به حتى يكون فيه ترجيح لأحد الرأيين ، وليكون الكل على بينة من أمره ، فلا يتعاملوا معه[1] .

وأبو جعفر الطحاوى ، وهو من المجتهدين فى المذهب الحنفى ، يأخذ بقول محمد فى هذه المسألة ، بل يقول : « وقول محمد فى هذا الباب كله أحب إلينا من قول مخالفيه فيه »[2] .

---

(١) انظر التلويح والتوضيح ، حـ ٢ : ٧٨٣ — ٧٨٤ ، ٣ مختصر الطحاوى ، ص ٩٨

(٢) انظر تفسير الجصاص فى الموضع السابق ، حـ ١ : ٤٨٩ وما بعدها .

٧ - الغفلة :

٤٧٣ — ويلحق ذو الغفلة بالسفيه ، من ناحية الحجر عليه ، عند الصاحبين ومالك والشافعى وابن حنبل[١] ، وعدم الحجر عليه عند أبى حنيفة ما دام لا يرى الحجر على السفيه .

وذو الغفلة هو من يخدع بسهولة فيغبن فى معاملاته ، إذ لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة كما يهتدي غيره ، وذلك يكون أمراً طبيعياً فى أهله ، فى حين أن سوء تصرف السفيه يرجع إلى سوء اختيار ، لا إلى ضعف فى عقله وإدراكه للخير والشر[٢] .

٨ - الدَّين :

٤٧٤ — يجرى ، فى هذا النوع من العوارض ، الخلاف الذى يجرى فى السفه فأبو حنيفة ، حسب أصله ، يرى عدم الحجر على المدين بحال مَّا مهما كان دينه مستغرقاً لما يملك ، محافظة على حريته فى التصرف وإنسانيته ، مادامت أهليته كاملة له بالعقل ، أما الدين فأمر عارض لا يزيلها ولا ينال منها مطلقاً .

ويرى أبو يوسف ومحمد الحجر عليه بقضاء القاضى متى كان دينه قد استغرق ماله ، وطلب غرماؤه الحجر عليه ، وحينئذ يبيع ماله إن امتنع من بيعه ، ويقسم ثمنه بين الدائنين بالحصص . وعند الإمام يحبس ليبيع ماله فى دينه[٣]

[illegible] .

---

(١) للشافعى ؛ نهاية المحتاج حـ ٣ : ٣٤٨ — ٣٤٩ ، وفى ص ٣٤٦ تفسير الرشد بأنه صلاح الدين والمال لأنه نكرة فى سياق الشرط فتكون للعموم . وانظر عند الحنابلة ، كشاف القناع حـ ٢ : ٢٢٦ وعند المالكية ، انظر الشرح الصغير حـ ٢ : ١٥٦ — ١٥٧ .

(٢) ارجع إلى تفسير القرطبي لآية : « وإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو ، فليملل وليه بالعدل » . من سورة البقرة ؛ ففيه بيان لذى الغفلة ، وأن ابن حنبل قال بالحجر عليه وهو مذهب مالك على الصحيح .

(٣) الزيلعى حـ ٥ : ١٩٩

ويرى الإمام مالك أنه يحجر على المدين رعاية لحق دائنيه ، دون حاجة لحكم القضاء بالحجر ، حتى إذا تصرف تصرفاً يضر بهم مالياً ، كان لهم حق إبطاله .

وفى مذهب ابن حنبل قولان ؛ أحدهما الذى رآه مالك ، وقد اختاره ابن تيمية وابن القيم ؛ والآخر نفاذ تصرفاته قبل الحجر عليه فعلا[1] .

٤٧٥ — ويذكر ابن القيم فى هذا ما نصه : « إذا استغرقت الديون ماله لم يصح تبرعه بما يضر أرباب الديون ، سواء حَجَرَ عليه الحاكم أو لم يحجر عليه ، هذا مذهب مالك ، واختاره شيخنا [يزيد ابن تيمية] . وعند الثلاثة ، يصح تصرفه فى ماله قبل الحجر بأنواع التصرف . والصحيح هو القول الأول ، وهو الذى لا يليق بأصول المذهب غيرهُ ، بل هو مُقْتَضَى أصول الشرع وقواعده . لأن حق الغرماء قد تعلق بماله ، ولهذا يحجر عليه الحاكم ، ولولا تعلق حق الغرماء بماله لم يسع الحاكم الحجر عليه . فصار كالمريض مرض الموت ، لما تعلقَ حق الورثة بماله منعه الشارع من التبرع بما زاد عن الثلث ، فإن فى تمكينه من التبرع بماله إبطال حقّ الورثة منه . وفى تمكين هذا المِدْيَان من التبرع إبطالُ حقوق الغرماء ، والشريعة لا تأتى بمثل هذا ، فإنها إنما جاءت بحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل طريق ، وسدّ الطرق المفضية إلى إضاعتها . . .

وسمعت شيخ الإسلام ابن تيمية ، رحمه الله ، يحكى عن بعض علماء عصره من أصحاب أحمد أنه كان ينكر هذا المذهب ويضعفه ؛ قال إلى أن بُلِيَ بغريم تبرع قبل الحجر عليه ، فقال والله مذهب مالك هو الحق فى هذه المسألة ! . . .

وتبويب البخارى وترجمته واستدلاله يدل على اختياره هذا المذهب ، فإنه قال فى باب من رد أمر السفيه والضعيف وإن لم يكن حجر عليه الإمام . . .

وقال مالك إذا كان لرجل على رجل مال ، وله عبد لا شىء له غيره فأعتقه ،

---

(١) يراجع قواعد ابن رجب ، ص ١٤ القاعدة الحادية عشرة .

لم يجز عتقه . ثم ذكر حديث من أخذ أموال الناس يريد أداءها أداها الله عنه ، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله .

وهذا الذى حكاه عن مالك هو فى كتب أصحابه . وقال ابن الجلاب : ولا تجوز هبة المفلس ، ولا عتقه ولا صدقته ، إلا بإذن غرمائه ، وكذلك المديان الذى لم يفلسه غرماؤه فى عتقه وهبته وصدقته ، وهذا القول هو الذى لا نختار غيره »(١) .

وعلى كل ، فتى وقع الحجر على المدين ، عند من يراه ، كانت تصرفاته المالية ، لأنها وحدها التى تضر بالدائنين ، باطلة ، إلا إذا أجازوها فتنفذ حينئذ . ومن أجل ذلك ، إذا تبرع ، ولو فى صورة بيع بالمحاباة ، أو وهب شيئاً من المال ، كان العقد موقوفة صحته ونفاذه على الدائنين ؛ إلا إذا أبرأه أحدهم من دينه ، وكان يساوى على الأقل هذا التبرع أو القدر الموهوب ، فتصح الهبة أو التبرع حينئذ ، لأنه صار له هذا القدر فارغاً من الدين .

٩ — مرض الموت :

ما تعريف مرض الموت أولا ؟ وما هى الحقوق التى تتعلق بالمريض به ثانياً ؟ ثم ، بعد هذا وذاك ، ما حكم تصرفات من هذا حاله ثالثاً ؟

٤٧٦ — أولاً) للفقهاء فى تعريف مرض الموت أقوال كثيرة ليس من الضرورى التعرض لها كلها ، ولكن نستطيع أن نستخلص منها أن هذا المرض يجب أن يتوافر فيه أمران : غلبة الهلاك عادة منه ؛ وحدوث الموت فعلا متصلا به ، ولو لم يكن منه بل من حادث آخر كقتل مهما كان سببه أو غرق أو حريق .

هذان الأمران إذا اجتمعا فى شخص ، يتبين أنه حقاً كان مريضاً مرض موت وإلا ، بأن انتفى أحدهما ، يظهر أنه لم يكن بذاك ، وحينئذ تكون كل عقوده والتزاماته وتصرفاته صحيحة نافذة ، متى استوفت شروطها القانونية ، شأنه فى ذلك الصحيح غير المريض مطلقاً سواء بسواء .

(١) اعلام الموقعين ، حـ ٤ : ٦ — ٧ .

٤٧٧ — لا عبرة إذاً بما يراه بعض الفقهاء بأن أمارات مرض الموت ألا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً ، أو لا يستطيع المشى بضع خطوات إلا مستعيناً بغيره ، أو يكون صاحب فراش فلا يقضى حاجاته داخل داره كما يفعل الصحيح الجسم ، إلى أمثال هذه الآراء والأقوال التى ذخرت بها كتب الفقه الإسلامى .

نقول لا عبرة بهذه الأمارات والأوصاف ، بل المقياس هو أن يكون الشخص فى حالة يغلب فيها الموت منها ، وبحيث يتوقعه هو نفسه ، ولهذا يتصرف تصرفات خاصة ، خوفاً من الموت الذى يترقب حلوله به . ولذلك ، يكون من الواجب شرعاً وقانوناً الحد من تصرفاته ؛ حتى لا تؤدى لحرمان بعض الورثة أو إيثارهم ، أو للفرار من دائنيه .

٤٧٨ — ومن ثم ، نجد القضاء قد لاحظ هذا المعنى ، وظهر هذا فى كثير من أحكامه . ومن هذه الأحكام ، الحكم الذى أصدرته محكمة مصر الاستئنافية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ ، فقد جاء فيه : « ومن حيث إن هذه الحالة النفسية ، وما اعترى ابراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه فى أكتوبر سنة ١٩١٠ ، وما زالت تشتد حتى وفاته فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ ، هى تلك الحالة التى جعلته يتجرد وهو فى سن الأربعين سن النضج الحقيقى جسما وعقلا وإدراكا وإحساساً ، من كل ما يملك أطياناً ومنقولات وديوناً ، وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة والقنوط منها ، حيث اعتقد أنه لابد مائت مما نزل به ، من اشتداد المرض وخطورة الحالة . وهذا التصرف فى ذاته والخروج به عن كل ما يملكه ، أكبر دليل يقطع فى التدليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ويتجرد الإنسان كل التجرد مما يملك ، إذا كان فى حالة اعتيادية وفى حالة مرض بسيط . ولكن ، إذا اشتدت به وطأة المرض ، وشعر بدبيب الهلاك إلى جسمه تولاه عندئذ اليأس ، وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته وهى متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لمن حوله » .

وشبيه بهذا الحكم حكم آخر لاستئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ ، جاء فى أسبابه : « حيث إن أحمد افندى . . كان موظفاً ، وكان فى ريعان شبابه ، وله أمل فى الحياة والرقى ؛ فشخص هذه حالته ، لا يمكن أن يجرد نفسه مما ملكت يده إلا إذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقى ورثته . . . »(١) .

٤٧٩ — ولأجل ذلك ، أى لأن المهم فى اعتبار هذا المرض مرض موت ، هو غلبة الظن بأن الموت يحدث عنه ، ألحق الفقهاء به حالات مختلفة عديدة ليس فيها مرض مطلقاً ، مثل :

ا) ركاب سفينة جاءتها ريح عاصف ، وظنوا أن الموت نازل بهم .

ب) الأسرى لدى دولة اعتادت قتل من يقع أسيراً بين يديها .

حـ) حالة أمثال الشهيد الضابط الطيار أحمد عصمت ، حين ذهب إلى القتال بائعاً نفسه فى سبيل الله والوطن ، مصمما على الاصطدام بعدو رهيب متوحش كامل العدد والعدة متعطش لدماء المصريين .

د) من قدم للقتل قصاصاً منه ، بلا رجاء منه فى العفو .

هذا ، وقد راعت المجلة العدلية فى تعريف مرض الموت ما نصت عليه المادة ١٥٩٥ منها ، وهذا نصها : « مرض الموت هو الذى يخاف فيه الموت فى الأكثر ، الذى يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ، و يعجزه عن رؤية المصالح الداخلة فى داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان أو لم يكن . و إن امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة ، يكون فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ، ومات قبل مضى سنة ، تعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى وقت الوفاة مرض موت » .

---

(١) يراجع مع هذا ، بحث المريض مرض الموت للأستاذ كامل مرسى ، العدد الثالث من السنة الثامنة من مجلة القانون والاقتصاد ، من ص ٢٧١ — ٢٨٨ .

هكذا تشترط هذه المادة فى مرض الموت أن يمنع المصاب به عن قضاء مصالحه ، وأن يموت منه قبل مضى سنة عليه مريضاً به ؛ مع أن الأمر قد يكون على العكس من هذين الشرطين ، ويكون المرض مرض موت أيضاً ، كما رأينا بوضوح فى الحكم الأول الذى ذكرناه من أحكام محكمة مصر الاستئنافية . لقد صدر هذا الحكم فى حادث شخص أحس بمرضه الذى يتزايد فأيقن أنه هالك منه ، ومع هذا لم يمت إلا بعد عشر سنوات أو أكثر من اشتداد المرض عليه ، ولم يمنعه هذا المرض مع ذلك من القيام بمصالحه .

ولعل الحق فى القطع فى أن هذا المرض مرض موت أو لا ، أن نرجع إلى الأطباء أهل الخبرة ، بعد الاستئناس بالأمارات والشواهد التى يكون عليها المريض ، فالطب يجب أن يكون له فى هذا الكلمة الأولى[1] .

٤٨٠ — ثانياً) المرء وهو صحيح حر فى ماله ينفقه كيف شاء ، ويلتزم ما يريد إذ لا يتعلق بما يملك حق لغيره ، إلا إذا كان مديناً ديناً مستغرقاً ، كما رأينا فيما تقدم .

ولكن مرض الموت وإن كان لا ينقص أهلية الأداء الكاملة لمن أصيب به ، إذا لم يقم به عارض آخر ينال منها كالعته والجنون والسفه ، يعجز المريض عن السعى لتنمية ثروته كما كان وهو صحيح ؛ وحينئذ يظهر تعلق حقوق الدائنين بماله ، بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط ؛ وحينئذ ، أيضاً ، يظهر حق الورثة متعلقاً بما يملك ، ومآله أن يكون تركة لم يعد قضاء الحقوق الأخرى ، وأولها حقوق الغرماء .

٤٨١ — إلا أن المريض ، مع ذلك كله ، هو المالك وحده حال حياته لما يملك وهو فى هذا الحال محتاج إلى النفقة والعلاج والدواء وسائر مطالب الحياة ، ومن الطبيعى أن تقدم هذه الحاجات الطبيعية الضرورية للمريض على أى حق آخر لغيره .

---

(١) يرجع فى تعريف مرض الموت إلى كتب الفقه ، أمثال ابن عابدين حـ٢ ، ٥٣٤ — ٥٣٩ الزيلعى حـ٢ ، الفتح حـ٣ ، ص ١٥٥ ، المغنى لابن قدامة حـ٦ ؛ وإلى بحث الأستاذ كامل مرسى بمجلة القانون والاقتصاد المشار إليه سابقاً وإلى مذكرة الالتزامات فى الشرع الاسلامى للشيخ أحمد إبراهيم ، ص ١٤٧ وما بعدها .

من أجل هذا كله ، نرى أن مال المريض بهذا المرض يتعلق به قضاء مصالحه قبل كل شيء ، ثم حق الغرماء ، ثم حق الورثة .

أما حقوق المريض فى ماله وهو مريض ، فالأمر فيها واضح ، إذ له أن ينفق على نفسه ما يرى كلما تجددت الحاجات والأحوال . لكن حقوق الغرماء والورثة ترجع إلى ما قبل الموت أى حين ظهور المرض الذى كان سبباً للموت وأدى إليه فعلا ، أى يكون لها أثر رجعى كما يعبر القانونيون المحدثون ؛ وذلك ، لأنه ظهر بالموت أن ذلك المرض كان سبباً حقاً له ، والأمور تستند دائماً إلى أسبابها[1] ، وهذه النظرة سيكون لها أثرها فى إلغاء بعض تصرفات المريض أو وقفها على إجازة الغرماء والورثة .

٤٨٢ — لكن هناك فرقا بين حق الغرماء وحق الورثة ، وإن رجع كل منهما إلى بدء نزول مرض الموت بالمورِّث المدين هذا الفرق هو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المدين فقط ، لا بأعيان التركة نفسها ، حتى جاز للمريض أن يستبدل ببعضها أو يبيعه أو يشتريه بمثل قيمته دون حاجة لإذن الدائن ، وحتى يكون للورثة أن يعطوا الدائن دينه نقداً ثم يتصرفوا هم كما يشاءون بأعيان التركة .

فى حين أن حق الورثة يتعلق ، عند أبى حنيفة ، بالتركة معنى وصورة ، أى بقيمتها المالية وأعيانها وذاتها نفسها . وإن كان أمر الورثة عند الصاحبين كأمر الغرماء ، أى لا يتعلق حقهم بالتركة نفسها ممثلة فى أعيانها ، بل التركة مقوّمة مالا .

وكان من اختلاف النظر ، بين الإمام وصاحبيه فيما يتصل بالورثة ، أنه لم يجز أن يبيع المريض لبعض الورثة شيئاً من أعيان التركة ولو بقيمته بلا أى غبن ؛ لأن هذا يكون إيثاراً منه له بما يبيعه منه ، وفيه ضرر بباقى الورثة الذين تعلق حقهم بأعيان التركة وصورتها التى هى عليها . ولكن الصاحبين يجيزان هذا ، إذ ليس فيه

---

(١) انظر التلويح والتوضيح ، جـ٢ : ٧٥٤ — ٧٥٦ ؛ مرآة الأصول ، ص٦٢٢ — ٦٢٣

أي ضرر بالباقين من الورثة ، مادامت حقوقهم فى التركة ليست إلا من ناحية أنها مال فحسب .

٤٧٣ — ثالثاً) هذه حالة الحقوق التى تتعلق بمال المريض وهو حي ؛ حقه هو نفسه فى قضاء حاجاته ، وحق الدائنين له ، وحق ورثته — هذه الحقوق — ما أثرها فى عقوده والتزاماته وسائر تصرفاته ؟

ا) من ناحية حقوقه هو ، له أن ينفق على نفسه كل ما يحتاج له ، وفى ذلك طبعاً نفقات العلاج من أجر الطبيب وثمن الدواء ، وعلى من تجب عليه نفقته بالمعروف ، وفى هذه السبيل تنفذ عقوده وتصرفاته جميعاً حتى البيع ، وليس للورثة أو الغرماء حق الاعتراض فى شيء . ولكنه إذا تبرع بشيء فى صورة البيع أو الشراء بطريق المحاباة ، كان هذا نافذا إذا كانت قيمة ما زاده — محاباة فى البيع أو الشراء عن ثمن المثل — يفضل عن الديون ويخرج من ثلث التركة بعد أداء هـذه الديون ، وإلا كان الزائد موقوفاً على إجازة الورثة .

وله حق إجارة ما يشاء من أعيان ماله ، وحق الإعارة ، فليس للغرماء أو الورثة الاعتراض على ذلك ، لأن حقهم تعلق بأصل المال لا بمنافعه . ومن ناحية أخرى ، من المقرر عند الأحناف أن كل عقد على المنفعة يبطل بموت أحد طرفيه ، فبموت المريض من مرضه تبطل هذه العقود من نفسها ، وإذاً فلا يلحق الدائنين والورثة أى ضرر من إجازتها ونفاذها حال حياته .

ومثل الإجارة والإعارة ، كل العقود والتصرفات التى تمس حقوق الآخرين بشيء ، أى تعتبر صحيحة نافذة كما فى حالة الصحة ؛ وذلك مثل المزارعة ، والمساقاة ، والشركة ، ولو كان فيها غبن فاحش على المريض لأن هذه العقود كلها تبطل بالموت ولأن أصل المال هو الذى يتعلق به حق الدائن والوارث ، أما المنفعة فللمريض أن يتصرف فيها كما يريد لمن يريد .

وفى شركة المضاربة ، جاء فى جامع الفصولين[1] أن المريض لو دفع ألفاً إلى من يضارب بها بشرط قسمة الربح مناصفةً ، وكان أجر العامل أقلّ من نصف الربح ، وعلى المريض دين محيط بالشركة ؛ فللمضارب نصف الربح يأخذه قبل أداء الدين ، ويعتبر ما يزيد من الربح عن أجر مثله تبرعاً من المريض له ، إذ للمريض التبرع بمنافع ماله ، ما دام حق الغرماء والورثة لا يتعلق إلا بأصل المال دون منافعه .

وله أيضاً أن يتزوج ، ولكن على ألا يزيد المهر عن مهر المثل ، وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع ، حتى إذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية لوارث .

<u>٤٨٤ — ب) أما الدائنون</u> ، فتجىء حقوقُهم بعد حق حاجات المريض نفسه ، وتتعلق بأصل التركة دون منافعها . ومن ثَمّ ، لم يكن للمريض — إذا كان الدين مستغرقاً لما يملك — أن يهب أو يقف أو يوصى بشىء منها ، أو يبيعَ أو يشترى بغبن ولو كان يسيرا ، متى كان ذلك يضر بالدائنين ؛ فإن فعل شيئا من هذه التصرفات ونحوها وقعت صحيحة نافذة فى الحال ؛ إذا صدر التصرف من أهله مضافاً إلى محله . وبعد الموت ، يكون لمن تضره أن يبطلها أو يجيزها ، وحينئذ تعتبر صحيحة . من وقت صدورها عن المريض[2] .

أما إذا كان التصرف لا يقبل الإبطال والفسخ ، مثل العتق ، فإنه يبقى غيرَ نافذ طول حياته ، وبعد الموت يُعتق العبد ، ولكن عليه أن يسعى فى قيمته للدائنين إن كانت التركة مدينة بما يحيط بها . فإن لم يكن على التركة دين ، يُعتق العبد سِعاية إن كانت قيمته لا تزيد عن ثلث التركة ، وإلا سعى للورثة فى القدر الزائد من قيمته عن الثلث ، معاملةً له معاملةَ الموصَى له[3] .

وللمريض مرضَ الموت أن يوصى إلى قدر الثلث من تركته ، ولكن إذا مات

---

(١) الجزء الثانى فى بيوع المريض مرض الموت ، ص ١٨٠ .

(٢،٣) انظر التلويح والتوضيح ، حـ٢ : ٧٥٥ ؛ مرآة الأصول ، ص ٦٢٣ — ٦٢٤ .

مدينا بدين مستغرق لها بطلت الوصية ، إلا إذا أجازها الغرماء فيعتبر ذلك منهم إبراء للمدين من جزء من الدين بقدر الموصَى به . وإن لم يكن مدينا ، جازت الوصية إن كانت لأجنبي غير وارث وكانت لا تزيد عن الثلث ، وإلا بطلت في مقدار الزيادة ، إلا إذا أجازها الورثة .

وبالنسبة للهبة والصدقة والوصية ، ونحوها من التبرعات بعامة ، يقول أبو الفضل محيي الدين مُنْلاخسرو (المتوفى عام ٨٥٥ هـ)[١] بأنه كان القياس ألا يملك المريض مرضَ الموت هذه التبرعاتِ ، حتى الوصيةَ بأداء ما كان متأخراً في ذمته من حقوق الله تعالى ، كالزكاة وصدقة الفطر ، لوجود سبب الحجر عليه في تصرفاته وهو تعلق حق الغير من دائن أو وارث بالتركة . ولكن هذه التصرفاتِ تصح استحساناً من ثلث التركة ، أي إذا لم تكن مدينة بدين يحيط بها ، ليتدارك بعض ما عساه قد كان وقع فيه من تقصير ؛ ولهذا يقول الرسول : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم ، زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم » .

٤٨٥ — هذا ، وللمريض أن يُقرّ بدين عليه لأجنبي أو وارث . فإن كان لوارث ، كان نفاذه بعد وفاته موقوفا على إجازة باقي الورثة[٢] ، لما في إقراره لأحدهم من تهمة أنه أراد إيثاره ببعض ماله على حساب الآخرين . وإلى هذا الرأي ذهب أحمد بن حنبل أيضا[٣] . والوارث هنا ، هو ما كان سبب الإرث متحققاً له وقت الإقرار ، وكان وارثاً فعلا عند وفاة المقر ؛ فإن لم يتحقق هذان الأمران في المُقَرّ له ، صح إقرار المريض له دون توقف على إجازة الورثة[٤] .

---

(١) مرآة الأصول ، ص ٦٢٤ .

(٢) ونلاحظ هنا أن قانون الوصية الجديد أجاز الوصية للوارث أيضاً كما هو معروف .

(٣) راجع كشاف القناع ، حـ٤ : ٢٩٣ — ٢٩٤ ؛ وفيه أنه يصح الإقرار ولو لم يجزه الورثة إن قامت بينة عليه .

(٤) انظر الزيلعي ، حـ٥ : ٢٦ ، في هذا وتفصيل الكلام والخلاف فيه . وعند أحمد ابن حنبل أن الوارث هو من يرث فعلا لو مات المقر بعد الإقرار فوراً ، أي وإن لم يرث فعلا حين =

وعلى ذلك، إن كان المقر له وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت، كما لو كان أخا للمقر الذى لا ولد له، ثم بعد الإقرار ولد للمقرّ ابن فصار الأخ غير وارث، صح الإقرار له. وإن كان الأمر على العكس، بأن أقر لامرأة أجنبية، ثم تزوجها ومات عنها، صح الإقرار وإن صارت وارثة وقت الموت، لانتفاء التهمة وقت الإقرار.

وفى رأى الشافعى أن الإقرار فى المرض، كالإقرار فى الصحة، كلاهما صحيح نافذ بلا توقف، وإن كان لوارث أو أجنبى بالطريق الاولى[1].

أما مالك، فقد نظر إلى ملابسات الإقرار وظروفه؛ هل فيه تهمة، أو لا تهمة فيه. فإن كان لا تهمة فيه فهو صحيح نافذ؛ وإلا كان تبرعاً فيأخذ حكمه، سواء كان لوارث أم لأجنبى. وربما كان هذا خيرَ الآراء، والله أعلم[2].

أما الإقرار فإن كان لأجنبى غير وارث، فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، إلا أن ما يثبت بالإقرار وحده — وإن كان إقراراً مكتوباً — يؤخر عند الأداء عن غيره من الديون التى تسمى بديون الصحة.

= الوفاة بعد لحجبه بوارث جديد يحجبه، لأن العبرة فى صحة الإقرار ونفاذه هو ألا يكون المقر متهما فيه وقت صدوره عنه.

وراجع المبسوط للسرخسى، حـ ١٨: ٢٤ وما بعدها، فى إقرار المريض لأجنبى أو لوارث، وفى وصيته وتبرعاته وسائر تصرفاته.

(١) نهاية المحتاج، حـ ٤: ٥١ — ٥٢، وفيه صحة ذلك لوارثه، ولو كذبه الورثة لانتهاء المتوفى «إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر، وفى قول لا يصح لأنه متهم بحرمان بعض الورثة».

(٢) ذكر الشيخ أحمد إبراهيم (مذكرة الالتزامات فى الشرع الإسلامى ص ١٥٥ — ١٥٦) مانصه: وعند الشافعى رحمه الله، وكذلك عند أهل الظاهر كما قدمنا، يقبل إقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبى وللوارث جميعاً، كإقرار الصحيح، ويساوى إقراره البينة فى القبول. ولا يفرق الشافعى بين دين صحة ودين مرض، خلافاً لأصحابنا؛ وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق فى إقراره ولا يقصد حرمان بعض الورثة، فإنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها الفاجر... وأما عند مالك، رحمه الله، فقد قال ابن جزى فى قوانينه لايقبل إقرار المريض «لمن يتهم بمودته، من قريب أو صديق ملاطف، سواء كان وارثاً أم غير وارث، إلا أن يجيزه الورثة، ويقبل فيما سوى ذلك». ونحن نشير هنا إلى أن ابن حزم الظاهرى يذهب إلى أن تصرفات المريض كلها، ومنها الإقرار ولو لوارث، صحيحة كتصرفات الصحيح. انظر المحلى حـ ٩: ٣٤٨ — ٣٥٩، حيث عرض مذهبه واستدل له ورد آراء مخالفيه.

ويراد بديون الصحة ، الديونُ التى ثبتت قبل المرض ولو بالاقرار وحده فى صحته . ويلحق بها ما نشأ من ديون بعد المرض ، ولكن ثبوتها كان بالبينة أو بالمعاينةِ ممن شهدوا أسبابها ؛ كقرض اقترضه ، أو ثمن أشياء اشتراها وهو مريض . هذه الديون يجب أن تؤدّى من التركة قبل ديون المرض ، أى الديون الثابتة بإقرار المريض فقط .

٨٤٦ — ح) وأخيراً ، فيما يختص بحقوق الورثة ، نذكر ، فضلا عما تقدم فى ذلك عند بحث حقوق المريض نفسه وحقوق الغرماء ، أن المهم للورثة أن تسلم التركة كلها ، إن لم يكن هناك دين أو موصى له ، أو ثلثاها إن كان هناك موصى له لا دائنون ، أو ما يبقى بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية فى الثلث إن كان ثمّةَ من هؤلاء وأولئك .

وإذاً ، فكل تصرف لا يضر بشىء من حقوقهم كان صحيحاً نافذاً لا اعتراض عليه من أحد منهم . وإن كان التصرف ينال بعض حقوقهم بالضرر كان لهم — مع نفاذه أيضاً حال الحياة — حقُّ إبطاله بعد الموت إن كان مما يقبل الفسخ ، كالتبرعات على اختلاف أنواعها . وإن كان التصرف مما لا يقبل الفسخ ، مثل الإعتاق ، كان نفاذه معلّقاً على الموت متى حل بالمريض ؛ فحينئذ يُعتَق العبد ، ولكن عليه أن يسعَى للورثة بما يزيد من قيمته عن ثلث التركة[1] ، إذ يعتبر العتق من المريض وصية للعبد بقيمته بشرط ألا تزيد عن ثلث التركة .

ومن هذا نفهم أن حق الورثة يجىء بعد حق الغرماء ، ثم بعد حق الموصى لهم ، بمعنى أنه إن كان الدين يحيط بالتركة كلها ، كان لا شىء لهم ولا للموصى لهم ؛ وإن كان غير محيط ، وجب أداؤه أولا ، والباقى تنفذ الوصية منه بما لا يزيد عن الثلث ، ثم يأخذ الورثة الباقىَ الأخير ، وإن لم يكن هناك مُوصَى له ، كان للورثة التركة كلها إن لم يكن ثمةَ دين ، أو الباقى بعد الدين ، على أن تؤدى ديون الصحة ، وما يلحق بها ، قبل ديون المرض ، على ما قلنا من قبل .

---

(١) إلا إذ تجاوز الورثة عن قيمة الزيادة ، فيعتبر ذلك منهم إجازة لما زاد عن ثلث التركة من الوصية .

ب - الولاية

معناها :

٤٨٧ — يقال فى اللغة : وَلِىَ الشىء وعلى الشىء وَلاية بفتح الواو وكسرها ، أى قام عليه ، كما يقال : أوليته الأمر وولّيته عليه ، أى ملّكته إياه . ومن هنا ، جاء المعنى الشرعى الاصطلاحى لكلمة : ولاية ، بمعنى أن يكون للشخص الذى يتولى عقداً من العقود سلطة شرعية بها ينعقد وينفذ ، أى تترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية .

وهذه السلطة ، قد تكون أصلية فيما إذا تولى الإنسان عقداً أو تصرفاً من التصرفات لنفسه ، بأن كان بالغاً عاقلاً ، فيلى أمور نفسه بنفسه ، لأنه كامل أهلية الأداء . وقد تكون نيابية ؛ إذا ولى شخص ما أمورَ غيره من ناقصى هذه الأهلية وكان له من السلطة ما يبيح له القيامَ بعقوده وتصرفاته .

وهذا النوع الثانى من الولاية ، يكون :

ا) للأب أو أبيه ، أى الجد ، عند عدم الأب[1] .

ب) القاضى ، والمحكمة الحسبية تقوم اليومَ مقامه .

ج) وصى الأب أو الجد أو القاضى .

د) الوكيل عن الشخص التام الأهلية ، إذا وكل إليه هذا القيام ببعض العقود أو التصرفات .

٤٨٨ — كل من هؤلاء حين يتصرف ، بصفته هذه ، يتصرف نائباً عمن تحت ولايته مستمداً سلطته من غيره . وهذا « الغير » هو الموكل فى حالة الوكالة ، وهو الشارع فى حالة ولاية الأب أو الجد والمحكمة الحسبية أو الوصى ، فإن الواحد من هؤلاء لا يستمد سلطته أو ولايته من القاصر ، لأنه نفسَه ليس له هذه السلطة لتولى

(١) والولاية فى عقد زواج القاصر تكون ، عند عدم وجود الأب والجد ، لجميع أقارب القاصر من العصبات على تفصيل معروف .

ما يحتاج إليه من عقود وتصرفات ، ولكن من الشارع الذى ينظم شئونه ويراعى مصالحه المالية وغيرها ، على تفصيل معروف يجيء موضعه فى بحث «الأحوال الشخصية» .

وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى :

« الولاية فى الأصل نوعان ؛ نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك . أما الأول ، فهو ولاية الوكيل ، وإن لم يكن المحل [أى المعقود عليه محل التصرف] مملوكا له ، لوجود الولاية المستفادة من الموكل . وأما الثانى ، فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصى والقاضى . . . فسبب هذا النوع من الولاية فى التحقيق شيئان ؛ أحدهما الأبوة ، والثانى القضاء . لأن الجد من قبل الأب أب لكن بواسطة ، ووصى الأب والجد استفاد الولاية منهما ، فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ، ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى ، فكان ذلك ولاية القضاء معنى »[1] .

إذاً ، لا بدّ فى العقد أو التصرف ، أى لوجوده ونفاذه وترتُّب آثاره عليه ، من أن يكون الذى يقوم به له أهليةُ الأداء أوّلاً ، وله ولاية عقده ثانياً ؛ بأن يكون أصيلا عن نفسه ، أو ولياً أو وصياً على غيره . فإن لم يكن واحداً من هؤلاء جميعاً ، كان فُضولياً فيما يقوم به من عقود ، وسيجيء قريباً الكلام على عقود الفضولى .

٤٨٩ — هذا ، والولاية قد تكون على النفس ، وقد تكون على المال . فالأولى كالقيام بما يلزم للطفل والقاصر من الحضانة والتربية والتعليم والتزويج ، وليس هنا موضع الكلام عليها . وقد تكون على المال ، وهى محل البحث الآن .

الولاية على المال ، بالنسبة للصغير القاصر ، تكون أوّلاً لأبيه ، ثم لوصيه ، ثم جده ، ثم لوصيه ، ثم أخيراً للقاضى ، أو لمن يجعله وصياً . والسبب فى هذا الترتيب واضح ؛ فالأب أوفر الناس شفقة على ولده ، ووصيّه الذى اختاره بنفسه أحقُّ الناس فى القيام مقامه بعد موته ، فى رأيه ؛ والجد يجيء بعد هذين ؛ لتأخره عن الأب درجة

(١) البدائع ، حـ ٥ : ١٥٢ .

فى النظر للابن ، ووصيه يليه مادام قد وثق به ، ورضيه لهذه المهمة والقاضى أمين الأمة فى تحقيق العدل ، والنظر لمصلحة المسلمين عامة ، وبخاصة اليتامى ، فصلح وليا ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : السلطان ولىّ مَن لا ولىّ له . إلا أنه فى الشفقة ، دون الأب والجد طبعاً ، فجاء هو ووصيُّه بعد أولئك جميعاً .

وفى مذهب ابن حنبل ، وكذلك مذهب مالك ، أن الولاية أولا للأب ثم وصيِّه ، ومن بعدهما للحاكم أو لمن يقيمه أميناً على القاصر . أما الجد وغيرُه من ذوى القرابة ، فلا ولاية لهم ، إلا إن جعل الأبُ أحدهم وصيا بطبيعة الحال . لأن الجد يُدلى للصغير بواسطة الأب ، فكأنه أخ ، ولأن ذوى القربى الآخرين ليسوا دائماً أمناء على مال الصغير ، وبخاصة أن المال محل الطمع والخيانة[٢] .

ويرى الشافعية ، أن الولاية على الصغير فى المال تكون للأب أولا ، ثم للجد وإن علا ، ثم لوصيهما ، أى وصىٌّ مَن تأخر موتُه منهما ، ثم القاضى العدل الأمين للخبر الذى يقول : « السلطان ولى من لا ولى له » ، وقد رواه التِّرمذىّ وحسّنه ، والحاكم وصححه . أما سائر ذوى القرابة ، فلا ولاية لهم على مال الصغير ، وإن كان لهم الإنفاق فى تربيته وتعليمه وتثقيفه[٣] .

٤٩٠ — هذا إذا كان المولّى صغيراً . فإن كان بالغاً ولكنه لم يستعمل أهلية الأداء لجنونه أو عَتَهِه ، بأن بلغ كذلك ، فإن الولاية تكون عليه لمن كان وليَّه قبل البلوغ ، من أب أو جد أو وَصىّ ، باتفاق المذاهب الأربعة ؛ وكذلك إذا بلغ سفيهاً ، وإن كان لابد فى رأى أبى يوسف — خلافاً لمحمد — من قضاء القاضى بالحجر عليه ، وحينئذ تكون الولاية لمن تقيمه المحكمة الحِسبية وليّا عليه أما إذا بلغ رشيداً ، وانقطعت عنه ولاية مَن كان وليا عنه ، ثم أصيب بآفة

---

(٢) كشاف القناع ، حـ٢ : ٢٢٣ ؛ منتهى الإرادات ، حـ٢ : ١٥٤ .
وانظر عند مالك ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه .
(٣) نهاية المحتاج ، حـ٣ : ٣٥٥ — ٣٥٦ .

من هذه الآفات العقلية (الجنون أو العَتَه) ، فإن الولاية عليه تكون للقاضى فى مذهب مالك وابن حنبل ، أى لمن تقيمه عليه المحكمة الحسبية ؛ والأمر كذلك فى قولٍ عند الأحناف والشافعية ، وفى قول آخر — هو الراجح — ترجع الولاية لمن كانت له قبل البلوغ[١] .

إلى هنا ، كان الحجر من التصرف بسبب النقص فى الأهلية نقصاناً واضحا للصغير أو الجنون ونحوه . أما إن كانت الأهلية تامة ، ولكن صاحبها السفه ، فإن الحجر عند من يراه لا يكون إلا بسبب التبذير محافظة على مال السفيه ؛ وهذه ناحية يختلف فيها التقدير ، ولذلك لا يكون الحكم فى ذلك إلا القضاء ، فلا يثبت الحجر إلا به — كما هو رأى أبى يوسف — ولا يرتفع إلا به أيضاً ، وحينئذ تكون الولاية بطبيعة الحال لمن يراه القاضى[٢] .

العقد بين الأهلية والولاية

٤٩١ — نجد هنا ، إذاً ، ثلاث حالات :

ا) أن العاقد كامل الأهلية وله ولاية العقد . وهنا يكون العقد صحيحاً نافذا ، إلا إذا كان فيه ضرر بآخر ، وحينئذ لهذا « الآخر » أن يجيزه ، أو يعترض عليه ، فيصير موقوفاً ، وهذه حالة المستأجر أو المرتهن إذا بيعت العين قبل انتهاء مدة الإجارة أو قبل أداء الدين ؛ فإن أجاز العقد ، نفذ ، وإلا توقف نفاذه حتى تنتهى المدة أو يؤدى البائع الدين الذى عليه للمرتهن . وهى كذلك حالة المدين الذى يضر تصرفه الدائن ، وأيضاً حالة المريض مرض الموت ، على ما تقدم بيانه .

---

(١) راجع فى مذهب ابن حنبل ، كشاف القناع ، حـ٢ : ٢٢٦ ؛ وعند الشافعية نهاية المحتاج حـ٣ : ٣٥٦ ؛ وعند المالكية ، الشرح الكبير للدردير ، حـ٣ : ٣٠٠ ؛ وعند الحنفية ، الزيلعى وحاشية شهاب الدين أحمد الشلبى عليه ، حـ٥ : ١٩٤ — ١٩٦ .

(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١٠٣ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطى ، ص٢٥٩ ؛ الزيلعى وحاشية الشلبى عليه ، حـ٥ : ١٩٥ .

ب) أن يصدر العقد ممن ليس له أهلية أداء مطلقا ولا ولاية ، وحينئذ يكون باطلا ، كما فى أحوال المجنون والصبى قبل سن التمييز . ممن تكون أهليته ناقصة كالصبى المميز أو السفيه وذى الغفلة عند الصاحبين[1] ؛ وحينئذ يكون التصرف صحيحاً نافذاً إن كان نافعاً بلا ريب ، و باطلا إن كان ضاراً بلا ريب ، وموقوفاً على إجازة الولى أو الوصى إن كان محتملا للنفع والضرر ، وقد تقدم فى هذا الكلام مفصلا

حـ) أن يصدر العقد ممن له أهلية الأداء كاملة ، ولكن ليس له ولاية عقده باسم من عُقد له ، وهـذه حالة الفضولى ، فيتوقف على إجازة الذى عقد له ، على ما سيأتى .

ما يشترط فى الولى

الولى قولهُ وفعلهُ وسائر تصرفاته نافذةٌ فى الأعم الأغلب من الحالات على مَن تحت ولايته ، سواء شاء أم أبى . ولهـذه الخطورة ، ليس كل شخص يصح أن يكون ولياً على مال الغير بصفة عامة ؛ أى سواءاً كان أباً ، أم جداً ، أم وصيًا ، أم قاضيًا ، أم ناظر وقف ، أم مديراً لمؤسسة خيرية ، أم نحوَ ذلك كلّه . بل للولى شروط فى نفسه ، وأخرى فى تصرفاته يتقيد بها .

٤٩٢ — ا) يشترط فى الوصى ، وهو ولى القاصر ، أن يكون أمينًا قادراً على ما نُدب إليه ، وفى هـذا يقول صاحب الاختيار[2] : « اعلم أن الأوصياء ثلاثة . أمين قادر على القيام بما أوصى إليه ، فإنه يُقرَّر وليس للقاضى عزله . ؛ وأمين عاجز فالقاضى يضم إليه من يُعينه ... ؛ وفاسق أو كافر أو عبد ، فيجب عزله و إقامة غيره ، لأنه لا تصح نيابته ، لأن الميت إنما أوصى إليه معتمداً على رأيه وأمانته وكفايته فى تصرفاته ، وهؤلاء ليسوا كذلك . أما الفاسق ، فلاتهامه بالخيانة ؛ وأما الكافر ؛ فللعداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ، وأما العبد ؛ فلتوقف تصرفه على

(١) لأن أبا حنيفة ، كما علمنا ، لايجيز الحجر للدين أو السفه .

(٢) حـ ٣ : ١٩٨ ، وانظر مختصر الطحاوى ص ١٦٠ — ١٦١ .

إجازة مولاه وتمكنه من حَجْرِه بعد ذلك . فيخرجهم القاضي ويقيم من يقوم بمصالح [القاصر[1]] ، لأن القاضي نُصِبَ ناظراً للمسلمين » .

وفي الدر المختار شرح تنوير الأبصار[2] : « ولو أوصى إلى صبيٍّ ، وعبد غيره ، وكافر ، وفاسق ، بُدِّل ، أي بدَّلهم القاضي بغيرهم إتماماً للنظر . ولفظ بدّل يفيد صحة الوصية ، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز « سِراجيّة » . فلو بلغ الصبي ، وعتق العبد ، وأسلم الكافر أو المرتد ، وتاب الفاسق . لم يخرجهم القاضي عنها ، أي عن الوصايا لزوال الموجب للعزل إلا أن يكون غير أمين . . . ومن عجز عن القيام بها حقيقة ، لا بمجرد إخباره ، ضم القاضي إليه غيره ، رعاية لحق الموصي والورثة . ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا ، استبدل غيره »[3] .

كما يشترط أن يكون بالغاً ؛ لأن القاصر محتاج لمن يكون وصياً عليه ، فلا يصح أن يكون وصياً أووليّاً لغيره ؛ فإن أوصى الميت لصبي ، كان على القاضي إخراجُه وتعيين غيره[4] .

٤٩٣ — ب) ومن ناحية التصرفات ، الولي — على اختلاف أنواعه — مقيد في تصرفاته بألا تكون ضارة بالصغير ، كالهبة والصدقة[5]

---

(١) في الأصل الميت .

(٢) حـ ٥ : ٤٦٣ — ٤٦٤ ، وانظر حاشية ابن عابدين عليه في الموضع نفسه . وراجع في هذه الناحية أيضا ، مختصر الطحاوي ص ١٦٠ — ١٦١ ؛ المغني لابن قدامة ، حـ ٦ : ١٣٧ وما بعدها .

(٣) وفيه أيضاً أنه لو أوصى إلى عبده وورثته صغار صح ، وإلا لم يصح ، وقالا لا يصح مطلقا وعلل ابن عابدين في الحاشية ذلك بأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهو قلب المشروع . ولأبي حنيفة أنه الأب أوصى إلى من هو أهل للوصية ، فيصح ؛ والصغار وإن كانوا ملاكا ، إلا أنه لما جعله أبوهم وصياً عليهم مقام نفسه ، صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية عليهم ، ص٤٦٣ وانظر هنا فتح القدير ، حـ ٨ : ٤٩٢ ؛ والطحاوي ص١٦١ ، وهو يأخذ بقول الصاحبين .

(٤) فضلا عن المراجع السابقة ، انظر ، في شرائط الولاية وترتيبها . البدائع حـ ٥ : ١٥٣ وما بعدها .

(٥) يجيز الإمام محمد للأولياء الهبة بعوض ؛ إذ هي معاوضة مالية وإن سميت هبة . ولم يجز بعض الفقهاء العارية لأنها تبرع ، وأجازها آخرون لأن المنافع ليست بمال ، فكأن العين المستعارة =

والطلاق[1] والعتاق . وإذاً ، فما كان نافعاً بلا ريب ، مثل قبول الهبة والوصية والضمان أو الكفالة للمال ، كان صحيحاً نافذاً ، وكذلك ما كان متردداً بين النفع والضرر ، وإلا لوقفت الأعمال المالية التى لابد منها لإدارة ثروة من تحت الولاية .

هذا ، وليس كل الأوصياء سواء فى التصرفات ؛ بل قد يباح للواحد منهم من التصرفات ، باعتباره ولياً ، ما لا يباح لغيره . ولا عجب ! فوصى الأب ليس كالأب نفسه فى الشفقة باليتيم والنظر له ، وكذلك الحال فى الجد ووصيه ووصى القاضى أخيراً .

بالنسبة للأب :

٤٩٤ — أرحم الناس بالصغير ومَن فى حكمه ، كالمجنون والمعتوه ، أبوه إذا كان موجوداً ، ولذلك تكون يده مطلقة فى التصرفات باعتباره ولياً له . فله بيع مال الصغير لأجنبى أو لنفسه ، وكذلك الشراء له من أجنبى أو من نفسه ، ويجوز هذا كله ولو بشىء يسير من الغبن . كما له أن يتجر بمال الصغير على أى نوع كان الاتجار وإجارة الصغير نفسه أو إجارة ما يملك ، ودفعه ليتعلم حرفة من الحرف[2] .

= مودعة لدى المستعير يضمنها إن هلكت بتعمد أو إهمال منه . ونحن لانرى مانعاً من الجواز ، ولكن لمعنى آخر ، هو أن حسن المعاملة وإدارة أموال من تحت الولاية قد يقتضى إباحة هذا النوع من التصرفات ؛ وإلا صار المولى عليه كأنه يعيش وحده ، وانقبضت عنه قلوب الناس ومساعدتهم ومعونتهم له .

وليس للولى إقراض مال من تحت ولايته ؛ مخافة الضياع ولأنه إزالة للملك فى الحال ، فكأنه تبرع ابتداء . على أن القاضى ذلك ، لأنه أقدر على الاستيفاء ، فلا يخاف من ضياع المال لدى المقترض .

راجع فى هذا كله ، البدائع حـ ٥ : ١٣٦ ، ١٥٣ — ١٥٤ . جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٢ — ١٤ . كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٢٤ — ٢٢٥ ؛ ففيه أن لولى الصغير والمجنون الاتجار بمالهما ، وبيعة نصيئة لملىء وإقراضه إذا كان فى ذلك مصلحة ولو بلا رهن ولا كفيل به .

(١) قد يكون الطلاق أحياناً خيراً للمولى عليه ، فلم لايجوز وينفذ إن كان السبب فى البطلان هو فقط كون هذا التصرف ضارا ؟

(٢) راجع فى تصرفات الأب ؛ ومنها البيع والشراء والإجارة ، وإجارة الصغير نفسه ، ودفعه لتعلم حرفة ... ، جامع الفصولين حـ ٢ : ١٢ — ١٣ ، و ص ١٥ .

وكما أن له البيعَ والشراء والإجارةَ ، له الإعارةُ والرهنُ ، وسائرُ ضروب استثمار أملاكه مزارعةً أو مساقاةً وغيرها من ضروب استثمار الأرض والمال[1] .

وكل هذه العقود والتصرفات لا تُقيَّد إلا بشرط واحد ، هى أن تكون فى مصلحة الصغير ، أو على الأقل لا تكون ضارة ضرراً محضاً ، وإلا كانت باطلة بالنسبة للصغير . وذلك مثل البيع والشراء وسائر ضروب استثمار المال والأملاك بغبن فاحش ، أو البيع إلى مفلس ، أو التأجير إلى معروف بعدم الوفاء أو بالمماطلة فى دفع ما عليه ، ومثل ذلك فى عتق لما يملك من رقيق[2] ، وغير هذا كله من التصرفات الضارة .

وقد بين القانون الحالى الذى تسير عليه المحاكم الحِسبية ، متى تتدخل هذه المحاكم للحدّ من سلطة الأب ، أو لسلب ولايته بالكلية ؛ حين تكون تصرفاتهُ ضارةً بمن تحت ولايته ، أو حين لا يكون هو نفسه صالحاً لهذه الولاية[3] .

وصي الاب :

٤٩٥ — هذا الوصى — ولابد الآن بعد صدور القانون بإنشاء المحاكم الحسبية من أن تقر المحكمة الحسبية اعتباره وصياً — هذا الوصى فى تصرفاته ما للأب من أحكام[4] ، وإن كان بينهما هذه الفروق :

---

(١) فى متن الإقناع وشرحه كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٢٤ ، أن لولى الطفل والمجنون الاتجار بنفسه بمالهما ، على أن يكون الربح كله للمولى عليه ، أى لا يأخذ الولى أجراً على عمله . كما له دفعه إلى أمين يتجر فيه على أن يكون له حصة من الربح .

(٢) فى كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٢٤ ، أن للولى عتق رقيق المولى عليه على مال ، إن كان فى ذلك حظ ومصلحة له ، كأن يكون بدل العتق أكثر من ثمن العبد ، لأن هذا التصرف يكون إذاً معاوضة لا تبرعا .

(٣) فى رأى الأحناف أن فسق الأب أو تبذيره لا يسلبه ولايته على الصغير ومن فى حكمه — وبخاصة وأبو حنيفة لا يرى الحجر بسبب السفه — ولكن يجب تقييد تصرفاته فلا ينفذ منها على المولى عليه إلا ما لا شك فى أنه نافع وخير له . والصاحبان ، وقد جوزا الحجر على السفيه ، يريان هنا أن ولاية الأب على ابنه تزول بسفهه . راجع فى هذا ، الأشباه والنظائر وحاشية الحموى حـ ١ : ٣٦٤ من الفن الثانى .

وعند الشافعى (نهاية المحتاج ٣ : ٣٥٥) أن الأب ينعزل عن ولاية ابنه بفسقه .

(٤) راجع جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٢ ، ١٤ ، ١٦ ، ١٧ .

ا) ليس له أن يبيع عقار الصغير إلا لضرورة أو لسبب يقتضيه . فى حين أن البيع جائز للأب و إن كان لا ضرورة على ما تقدم بيانه[١] . و إذاً ، يجوز هذا البيع للوصى إن كان على الصغير دين لا يمكن أداؤه إلا ببيع العقار ، وكذلك إذا كان فى التركة وصية لا يمكن إيفاؤها إلا بالبيع[٢] . كما يجوز البيع إذا كان خيراً بيناً للصغير ، كما إذا بيع بضعف قيمته ، أو للخوف عليه من جائر يروم أخذه ، أو لأنه خرب أو آيل للخراب ، ولا سبيل لإصلاحه والانتفاع به ، أو فى نفقة الصغير ، متى كان لا سبيل للقيام بها بدون البيع ، أو لما يشبه هذه الحالات .

ب) للأب كما قلنا ، أن يبيع و يشترى للصغير ولو من نفسه ، ولا يجوز هذا من الوصى إلا بشرط أن يكون فى ذلك خير بيّن للصغير — كأن يبيعه بضعف القيمة أو يشترى بضعف القيمة — عند الإمام أبى حنيفة ، وليس له ذلك مطلقاً عند الصاحبين والشافعى وابن حنبل ، وأبو يوسف مع الإمام فى رواية عنه[٣] .

هذا الخير البيّن ، أو المنفعة الظاهرة ، التى جعلها من أجاز بيع الوصى ماله للصغير أو شراءه بعضَ مالِه لنفسه ، اختلف فى تقديرها الفقهاء . فالزيلعى يفسرها : بأن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ، أو يشترى ما يساوى خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه[٤] .

وابن عابدين[٥] ، بعد أن نقل هذا عن الزيلعى ، قال : « و بهذا فسّر الخيريّة الإمام السرخسى فى غير العقار . وهى فى العقار ، عند البعض أن يشترى

---

(١) فى الشرح الكبير للدردير ٣ : ٣٣٩ — ٣٤٠ أن للأب بيع العقار بمثل القيمة مطلقا ، ولكن ليس للوصى أو الحاكم ذلك إلا لحاجة تدعو إليه .

(٢) راجع الفتاوى الهندية حـ ٦ : ١٤٤ ؛ والحموى حـ ٢ : ١١٩ .

(٣) انظر فى هذا ، الزيلعى ، حـ ٦ : ٢١١ — ٢١٢ . الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٥ : ٤٦٨ — ٤٦٩ : كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٢٤ ، وهنا يقول إنه ليس للولى أن يرتهن أو يشترى أو يبيع شيئاً من مال من تحت ولايته لنفسه ، إلا الأب لعدم التهمة إذ يترك حظ نفسه لولده ؛ « وبهذا فارق [الأب] الوصى والحاكم » .

(٤) حـ ٦ : ٢١١ ، وهذا فى غير العقار .

(٥) حـ ٥ : ٤٦٨ .

[أى الوصى لنفسه من الصغير] بضعف القيمة و يبيع بنصفها . وفى الحافظية ، يجوز بيع الوصى من نفسه وشراؤه ، إن كان فيهما نفع ظاهر ، كبيع ما يساوى تسعة بعشرة وشراء مايساوى عشرة بتسعة . قلت : وأما فى العقار ، فلاشك أن الخيرية فى الشراء [شراء الوصى لنفسه من مال الصغير] التضعيف ، وفى البيع التنصيف ... [ثم قال :] [أعم] وأرى زيادة الاثنين فى العشرة ونقصه منها ، فيما عدا العقار ، كافيا فى الخيرية ؛ لأنه الغبن الفاحش الذى لا يستحمله الناس » .

ونقول نحن : إن التقدير للمنفعة الظاهرة بأنها التضعيف فى الشراء والتنصيف فى البيع ، أمر غير معقول ، ويكفى أن تـكون الزيادة نحو عشرين فى المائة ، إذا كان البيع للصغير ، وأن يكون النقص مثلَ ذلك إذا كان الأمرُ أمرَ شراء له . على أن من الأحكم والأصوب أن يترك تقدير ذلك للمحكمة الحِسبية بعد اعتبار الظروف والأحوال والملابسات المختلفة التى يتم فيها البيع أو الشراء[1] .

حـ) يجوز للأب بيع مال أحد صغيرين تحت ولايته للآخر ، أى يتولى وحده طرفى العقد ، ولا يجوز هذا للوصى[2] .

د) وكذلك ليس للوصى أن يجعل نفسه أجيراً للصغير ، لأن فى ذلك تولى طرفى العقد وحده ، وهذا لا يجوز منه بناء على ما سبق ؛ وفى معنى الإجارة أن يكون مزارعاً فى أرض الصغير ، أو أن يضارب بماله . وكل ذلك جائز من الأب لأن التهمة منتفية عنه ، بل لأنه يؤثر عادة صالح ابنه على صالحه هو نفسه[3] .

الجد ووصيه :

٤٩٦ — يقوم الوصى المختار من الأب ، كما عرفنا ، مقام الأب فى أمرين :

ا) الولاية على التركة ، فله أن يبيع منها لأداء الديون وتنفيذ ما يكون من وصايا .

(١) وانظر الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم : بحث العقود والشروط والخيارات ص ٦٢ .

(٢) ابن عابدين ، حـ ٥ : ٤٦٩ ؛ جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٣ ، ١٥ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ ٣ : ١٧٦ .

(٣) جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٣ ، ١٥ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ ٦ : ١٤٨ .

ب) الولاية على مايبقى منها للأولاد من مال ، فله العناية بإدارته واستثماره على الوجه الذى تقدم . وهو ، فى هذين الأمرين ، يستمد ولايته وسلطته من الأب .

لكن الجد ، أبا الأب ، لا يستمد ماله من ولاية على أولاد ابنه من أبيهم ، بل ولايته عليهم أصلية ، ولهذا يكون هو الولى عند عدم وجود الأب أو وصيه المختار

ويترتب على هذا الاعتبار ، أن تكون ولايته مقصورة على الأولاد ومالهم من مال ، أى لا تكون له ولاية على تركة الأب ؛ وإذاً ، فليس له أن يتدخل فيما يجب لأداء مايكون عليها من ديون ، أو لتنفيذ مايكون أوصى به من وصايا . ومن ثمّ ، يختلف فى هذه الناحية عن وصى الأب[1] ، وفيما عدا ذلك يكون له من التصرفات مايكون للأب تماما ، مادام الأب لم يُوَلّ وصيا على الأولاد .

على أن ولايته ، فى بعض الآراء ، تمتد على تركة الأب نفسها ؛ إذ هو خليفة عنه خلافة طبيعية ، وأحد ورثته ، وبذلك لا يختلف حكمه فى مسألة تركة الأب باعتبارها تركةً — عن وصى الأب نفسه[2] .

وعلى الرأى الأول ، وهو رأى جمهرة الفقهاء وهو مانميل إليه ، يجب إقامة وصى لتصفية تركة الأب بأداء ماقد يكون عليها من ديون ووصايا وحقوق أخرى ، وحين يظهر نصيب الأولاد — بعد هذا — تكون للجد الولاية عليه .

هذا ، هو شأن الجد نفسه ؛ أما وصيه ، فله من الولاية ، بالنسبة لتركته ، ما لوصى الأب فى تركة الأب نفسه . كما له من الولاية فى أموال أولاد ابنه ، مالوصى الأب فى أموالهم لو كان موجوداً . وإذاً ، فكل تصرف جاز لوصى الأب ، يجوز لوصى الجد ؛ وما يمنع منه الأول ، يمنع منه الثانى أيضاً[3] .

---

(١) راجع جامع الفصولين ، حـ ٢ : ٢١ ، ففيه : « ولو لم يكن للميت وصى فلأبيه ، وهو الجد ، بيع العروض والعقار ، إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصى الأب » . وراجع أيضاً الفتاوى الهندية ، حـ ٦ : ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ، حـ ٦ : ١٤٦ ؛ حـ ٣ : ١٧٤ .

(٣) جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٢ — ١٣ ؛ الهندية ، حـ ٣ : ١٧٧ ، حـ ٦ : ١٤٤

القاضي ووصيه[1] :

٤٩٧ — ليس من المألوف ، ولا من الممكن ، أن يعنى القاضي شخصياً بإدارة أموال من لا ولىّ له ، من أب أو جد أو وصى أحدهما ، ولـكن ما عليه حينئذ أن يعين وصياً من عنده يقوم بما يلزم للقاصر من عناية بنفسه وتربيته ، و بماله .

فإذا تم ذلك ، لم يكن للقاضي أية ولاية على الصغير ، بل تـكون الولاية للوصى الذى تقرر إقامته . وفى هذا يقول الشيخ زين بن نجيم[2] ما نصه : « لا يملك القاضى التصرفَ فى مال اليتيم ، مع وجود وصيه ولو كان منصوبه » . كما ليس لهيئة التصرفات الآن بالمحاكم الشرعية التصرف فى شىء من أعمال الوقف و إدارته ، مع وجود مَن أقامته ناظراً .

٤٩٨ — ولهذا الوصى المعين من قبل المحـكمة الحسبية ، أن يتصرف فى الحدود التى عرفناها لوصى الأب ، مع ملاحظة ما يأتى :

ا) ليس لوصى القاضى أن يبيع أو يشترى من اليتيم نفسِه ، ولو كان فى ذلك خير ظاهر له ، على حين يجوز ذلك عند أبى حنيفة من وصىّ الأب على ما عرفنا . والعلة فى هذا ، أن وصى القاضى يعتبر وكيلا عنه ، وليس للقاضى لنفسه أن يبيع أو يشترى من القاصر مطلقا[3] ، فبالأولى لا يكون هـذا لوكيله الذى يستمد منه ولايته وسلطته على القاصر وماله .

ب) للقاضى أن يخصص وصيه بالقيام ببعض التصرفات دون بعضها الآخر ، لـكن الوصى المختار لا يُقبل فى ولايته هذا التخصيص إلا فى رأى الإمام محمد[4] .

---

(١) تقوم الآن المحـكمة الحسبية مقام القاضى ، كما هو معروف .

(٢) الأشباه والنظائر ، ص ١٦٤ .

(٣) انظر فى هذا ، جامع الفصولين ، حـ ٢ : ١٥ .

(٤) فتاوى قاضيخان أو الفتاوى الخانية ، على هامش الهندية ، حـ ٣ : ٥١٤ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ ٦ : ١٤٦ .

ج) يجوز أن يبيع الوصى المختار ممن لا تقبل شهادته له ، لأن الأب حين استوصاه ، يعلم أكثر من غيره أمانته وصلاحيته وانتفاء التهمة عنه ، ولكن هذا لا يجوز لوصى القاضى ؛ لعدم إمكانه غالباً معرفةَ حالته معرفة تساوى معرفة الأب بمن يجعله وصيا .

د) ليس للقاضى عزل الوصى المختار متى كان عدلا أميناً قائماً بما عهد إليه كما يجب ، ويجب الإفتاء بعدم صحة عزله لو أقدم عليه القاضى وإن كان الأكثرون على صحته . فى حين يجوز للقاضى عزل من أقامه وصيا ، ولو بلا سبب يقتضيه ، ما دام معتبرا وكيله[1] .

هـ) للوصى المختار أن يجعل الوصاية لغيره متى حضرته الوفاة ، فيكون له حكمه تماماً فى جميع التصرفات التى يليها ، وليس ذلك لوصى القاضى ، بل لهذا وحده حق إقامة وصى آخر متى مات الأول أو عزل[2] .

هذه ، مع أخرى معها ، فروق تقوم بين الوصى المختار من الأب وبين وصى القاضى ، إلا أنه لا أهمية كبيرةً لها .

على أن المحكمة الحسبية تقوم الآن ، كما أشرنا من قبل ، مقام القاضى ، وقد أصبح الوصى مقيداً فى تصرفاته بما جاء فى القانون الخاص بها ؛ وليس هذا مكانَ بحثه ، بل مكانه عند الكلام بالتفصيل عن الوصية فى الأحوال الشخصية .

---

(١) فى النفس من هذا شىء ، فإنه فرق كبير بين وكيل الفرد ووكيل القاضى ، ولدفع التهمة عن القضاء والناس .

(٢) يرجع فى هذا ، إلى الأشباه والنظائر ، ص ١٦٣ . وانظر جامع الفصولين ، ح ٢ : ٢١ — ٢٢ «وصيه [أى وصى الأب] لو كان عدلا كافياً ، لاينبغى أن يعزله ؛ فلو عزله قيل ينعزل . أقول : الصحيح عندى أنه لاينعزل ، لأنه باعتباره والداً أشفق بنفسه من القاضى ، فكيف يعزله ! وينبغى أن يفتى به لفساد قضاة الزمان . قال : ولو كان كافيا ، لاعدلا ، يعزله ؛ ولو عدلا ، غير كاف ، يضم إليه كافياً » .

وانظر أيضاً الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ، ح ٥ : ٤٦٤ .

عقود الوكيل وتصرفاته

الوكالة نوع من الولاية كما عرفنا ، والكلام فيها يتطلب الكلام على :
تعريفها، ركنها، شروط الموكِّل، شروط الوكيل، شروط الموكَّل فيه، تصرف الوكيل ، تعدّد الوكلاء ، حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع ، وانتهاء الوكالة .

١ـ تعريفها :

٤٩٩ — تطلق الوكالة فى اللغة على الحفظ ، ومنه قوله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل[1] » ، وقوله : « لا إله إلا هو فاتخِذْهُ وكيلا[2] » ، أى حافظاً كما يقول المفسرون .

وتطلق ، لغةً أيضا ، ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر ، ومن هذا الإطلاق قوله تعالى : « وعلى الله فَلْيَتَوَكَّلِ المؤمنون[3] » ، وقوله حاكياً عن هودٍ عليه السلام : « إنى توكّلتُ على الله ربى وربِّكم » ، أى اعتمدت على الله وفوّضت وجعلت أمرى إليه ، وقوله : « ومن يتوكّلْ على الله فهو حَسْبُه[4] » ، ونحو ذلك كثير فى القرآن والحديث وكلام العرب .

ويراد بها فى عرف الفقه والشريعة هذان المعنيان كذلك ؛ إذ هى تفويض للتصرف والحفظ إلى الوكيل ، فيما يقبل النيابة . ونقول : فيما يقبل النيابة ، لأنه ليس كلُّ تصرفٍ يصح أن يجعله الإنسان إلى غيره ، كما هو معروف .

٥٠٠ — والتوكيل أمر احتاج إليه الناس دائما ، ويحتاجون إليه فى كثير من الأحوال . فليس كل امرىء قادراً دائماً على مباشرة أموره كلّها بنفسه ، وذلك

---

(١) آل عمران م ٣ : ١٧٣ .
(٢) المزمل ، ك ٧٣ : ٩ .
(٣) آل عمران م ٣ : ١٢٢ .
(٤) الطلاق ، م ٦٥ : ٣ .

أمر ملموس مشاهد يومياً . إن من الناس من هو فى حاجة إلى توكيل غيره عنه ، فى بعض الأمور ، لأنه لا يرى من اللائق أن يباشرها بنفسه ، أو لأنه يعجز عنها . الأول كتوكيل الأمير مثلا إدارة أملاكه وشراء حاجاته لغيره ، إكراماً لنفسه ، والثانى كتوكيل الإنسان بصفة عامة من المحامين مَن يقومون عنه بالخصومات وما يلزمها أمام القضاء .

ولذلك اعترفت الشرائع قديماً وحديثاً بالوَكالة والتوكيل . ففى القرآن أن أهل الكهف ، بعد استيقاظهم من نومهم الطويل ، وكّلوا أحدهم بشراء ما هم فى حاجة إليه من الطعام ، وذلك حين يقول حكايةً عنهم : « فابْعثوا أحدَكم بِوَرِقِكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاما فَلْيأْتِكمْ بِرِزْقٍ منه » وفى السُّنّة أنه صلى الله عليه وسلم وكّلَ عَمرو بن أمية الضمرى فى نكاح أم حَبِيبة وهى بالحبشة ، وكذلك وكّلَ عروة البارق — وقيل حكيمَ بنَ حِزام — بشراء شاة ، إلى غير هذه الأحاديث .

٥٠١ — وقد اعترف القانون الرومانى بالوكالة وأجازها ، ولكن فى حدود ضيقة ، ليس بنامن حاجة هنا للكلام فيها ، وكذلك أجاز القانونُ الفرنسى التوكيل فى حدود معلومة أيضا[١] .

أما الفقه الإسلامى ، فقد أجاز التوكيل بصفة عامة فى كل تصرف يصح أن يباشره المرء بنفسه ، إلا فى استثناءات قليلة يجىء ذكرها ، والضابط فى هذا أن « كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره »[٢] . وبهذا ، نرى الفقه الإسلامى أوسعَ الشرائع فى هذا النوع من العقود ، إذ أجاز التوكيلَ فى كل ما يملكه المرء من التصرفات ، فى النواحى ، المالية ، أو الشخصية أو القضائية ، أو غيرها . ولا عجب ! فالناس فى حاجة دائماً إلى التوكيل فى شتّى أمور المعاملات والحياة .

---

(١) يراجع نظرية العقد للسنهورى ، هامش ٣ ص ٢٠٨ ، وهامش ١ ص ٢٠٩ .

(٢) الهداية لبرهان الدين المرغينانى ، حـ ٣ : ١٠٩ .

٢ - ركنها :

٥٠٢ — وللوكالة ، مثلُها مثلُ سائر العقود ، ركنها ، وهو الإيجاب والقبول ، إلا أن لكل من طرفى هذا العقد الرجوعَ عنه وفسخَه فى كل حال ، فهو عقد جائز أى غير لازم كعقد البيع مثلا .

على أن القبول قد يكون بالقول ، كما يكون بالفعل ، كأن يصدر التوكيل للمحامى فى قضية من القضايا ، فيقوم بمباشرة ما يلزم فيها ، فيعتبر ذلك قبولا منه .

بل ، إن من الفقهاء من لم يشترط عِلْم الوكيل بالوكالة ؛ وحينئذ فإن تصرف قبل علمه بها ، ثم علم ، كان تصرفه صحيحاً باسم الموكِّل . كما إذا باع وارثٌ مال مورثه ، وهو معتقد أنه حىّ ، ثم علم أنه توفى قبل البيع ، فالبيع يكون صحيحا[1] .

٥٠٣ — وهذا العقد ، لأنه من باب الإطلاق فى التصرف ، يصح أن يكون ناجزاً ، كأنت وكيلى من الآن فى كذا ؛ أو مضافاً إلى المستقبل ، كأنت وكيلى فى كذا من الشهر الآتى ؛ أو معلقاً على شرط ، كأنت وكيلى فى كذا إن عينتُ فى منصب خارجَ مصر[2] . وكل هذا ، لأن حاجات الناس تقتضيه .

هـذا عند الأحناف وأحمد بن حنبل[3] ، أما الشافعية فلا يجيزون تعليقها بشرط فى القول الأصح ، مثل إن قدم فلان من السفر أو جاء رأس الشهر . إلا أنه يصح للموكِّل جعل الوكالة غير معلقة ، ثم تعليق التصرف بشرط من الشروط ؛

---

(١) انظر مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢٢٢ .

لكن الأحناف يشترطون علم الوكيل بالوكالة ، ويفرقون بين الوكيل وبين الوصى والوارث ؛ فالواحد من هذين إن باع شيئاً من تركة الميت قبل علمه بالوصاية وأنه مات ، يكون البيع جائزاً لأن كلا منهما خلف عن المتوفى بخلاف التوكيل ، لأنه أمر من الموكل ، وحكم الأمر لايلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم المأمور به . البدائع للكاساني ، حـ ٦ : ٢١

(٢) البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٢٠ .

(٣) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٢ .

مثل أن يقول وكلتك الآن فى بيع كذا ، ولكن لا تبعه إلا بعد شهر أو إلا إذا تركتُ مصر[١] .

٢ـ شروطها

٥٠٤ — ولهذا العقد شروط مختلفة ؛ بعضها فى الموكل نفسه ، و بعضها فى الوكيل ، و بعضها فى الموكل فيه ، أى موضوع الوكالة ومحلها .

الشرط فى الموكِّل أن يكون مالكا للتصرف الذى يوكل فيه ، وإلا لم يصح التوكيل ، لأنه لا يُعقل أن يكون له تمليك الغير مالا يملك هو نفسه .

وإذاً ، لا يصح التوكيل من المجنون ، ولا الصبى غير المميز ، ولا الصبى المميز فى التصرفات الضارة به كالطلاق والعتق والهبة . أما التصرفات النافعة له بلا ريب ، كقبول الهبة ، فتصح وكالته الغير بها ، وفى التصرفات التى تحتمل النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإجارة ، يصح التوكيل و ينفذ إذا أجازه وليه أو وصيه[٢] .

والشرط فى الوكيل أن يكون عاقلا ، فلا يصح أن يكون المجنون والمعتوه والصبى الذى لا يعقل وكيلا فى تصرف من التصرفات ؛ ويصح ذلك للصبى المميز والعبد ؛ لأن البلوغ والحرية ليسا شرطين لصحة الوكالة . عند الأحناف . وقد صح أن الرسول لما خطب أم سلمة لنفسه — وكان أولياؤها غُيّبا — زوّجها منه ابنها عمرو ، وكان صبياً لم يبلغ[٣] ، وهذا مما يستدلون به على صحة وكالة الصبى متى كان مميزاً .

وعند الشافعى أن توكيل مثل هذا الصبى غير صحيح لأنه غير مكلف كالمجنون[٤] ؛ مع أن الفرق بينهما واضح ، لأن الصبى المميز له حظه من العقل الذى به تكون له

(١) انظر حاشية البجيرمى على المنهج ، حـ ٣ : ٦١ ؛ ومغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢٢٣ ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ . ٢١ — ٢٢ .

(٢) البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٢٠ ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢١٧ ؛ شرح المنهج وحاشية البجيرمى عليه ، حـ ٣ : ٥٣ — ٥٤ .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ٢٠ الهداية ، حـ ٣ : ١١٠ .

(٤) مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢١٨ ؛ شرح المنهج مع حاشية البجيرمى ، حـ ٣ : ٥٥ ؛ نهاية =

أهلية الأداء فى التصرفات الشرعية ، بخلاف المجنون الذى لا أهلية أداء له لعدم العقل عنده .

٥٠٥ — بقى ما يجب من الشروط فى الأمر الموكل فيه ، أى فى موضوع التوكيل ، وهذا معناه ما يجوز فيه التوكيل وما لا يجوز .

قلنا فى هذا ، من قبل ، إن كل عقد جاز أن يعقده الإنسانُ نفسه يجوز أن يوكّل به غيرَه ، إلا أن هذا يحتاج إلى شىء من التفصيل . على أنه قبل كل شىء يجب أن يكون الموكَّل فيه معلوماً للوكيل ، أو مجهولا جهالة غيرَ فاحشة ، إلا إذا أطلق الموكِّل كأن يقول لوكيله مثلا اشترِ لى ما شئت[1] .

ويجوز التوكيل بالخصومة والتقاضى ، وبالبيع والشراء وكل عقد يحتاج إليه الإنسان فى معاملاته مع الناس ولإدارة أمواله . كما يجوز التوكيل فى إثبات الدين والعين وسائر الحقوق ، وفى قضاء الديون وطلب الشفعة ، وفى القسمة والصلح ، والهبة والصدقة ، والرهن والارتهان ، والإعارة والاستعارة ، والزواج والطلاق ، ونحو ذلك كله طبقاً للضابط الذى قدمناه[2] .

إلا أن التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز إلا إذا كان الموكِّل حاضراً ، ولا يجوز إن كان غائباً ؛ لأنه صاحب الحق وقد يعفو لو كان حاضراً ، فلا يجوز إذاً استيفاء القصاص مع هذه الشبهة[3] .

= المحتاج ، حـ ٤ : ١٤ — ١٥ . وفى كل هذه المراجع صحة جعل العبد وكيلا فى بعض التصرفات وكذلك المرأة . وفى النهاية أنه لا يصح أن تكون الزوجة وكيلا إلا بإذن زوجها ، على أن بعضهم جعل إذن الزوج شرطاً إن كانت وكالتها تفوت عليه شيئاً من حقوقه ، حـ ٤ : ١٤ .

(١) البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٢٣ — ٢٤ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ٢٢ — ٢٣ .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ٢١ — ٢٢ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١٠٩ ؛ الاختيار ، حـ ٢ : ٥١ ، ويرى الشافعى جواز ذلك ، انظر مغنى المحتاج حـ ٢ : ٢٢١ ، وحاشية البجيرمى على شرح المنهج حـ ٣ : ٥٨ . وقد عرفت بتونس صيف ١٩٤٨ أنهم حين استيفاء القصاص يستحضرون صاحب الحق لعله يعفو ؛ ولا أدرى أذلك واجب عندهم أم هو تقليد جميل .

٤ - تصرف الوكيل

٥٠٦ - وتصرفات الوكيل لا تكاد تنحصر ، ما دام الموكِّل يوكل فيما يحتاج إليه ، والحاجات عديدة ليس من الممكن حصرها ؛ وإذاً فَلْنتكلم من ذلك على التصرفات المهمة التي يجرى التوكيل عادة فيها .

٥٠٧ - ١) من أهم الأمور التي يجرى فيها التوكيل ، التوكيلُ بالخصومات والقضايا ، أمام المحاكم وما إليها من دور العدالة . وهنا نجد أن الوكيل بالخصومة ، مثل المحامى ، يملك كل ما يتعلق بها ، وما لابد منه فيها . ومن ذلك الإقرار على موكله عند الأحناف ما عدا الإمامَ زُفَرَ ، والشافعيُّ مع زفر في هذا[1] .

يرى هذان أن التوكيل بالخصومة معناه التوكيل بالمنازعة ، والإقرار مسالمة ، فلا يملكه الوكيل ؛ وبخاصة أن الوكيل يعمل لصالح موكله ، والإقرار ليس من صالحه[2] .

أما الإمام أبو حنيفة وصاحباه ، فيختلفون عن زفر والشافعى في الأساس . إنهم يرون أن مهمة الوكيل بيانُ الحق و إثباتُه ، لا المنازعة فقط ، وهذا الحق قد يكون إنكاراً لدعوى الخصم ، وقد يكون إقراراً . فإذا أقرّ على موكله ، كان ذلك دليلا على أن هذا هو الحق ، وإذاً ، فينفذ على الموكِّل طبعا . إلا أن هذا الإقرار يصح إذا كان في مجلس القضاء عند الطرفين ، وعند أبي يوسف يصح فيه وفي غيره[3] .

وكذلك يملك الوكيل بالخصومة قبض المال الذى يُحكَم به لموكله عند الإمام وصاحبيه ؛ لأن هذا من تمام الخصومة ، ولا تنتهى إلا به ، فيعتبر موكَّلاً فيه . وعند زفر لا يملك القبض ؛ لأن من يكون ثقة وكفئاً للتقاضى والمخاصمة ، ربما لا يكون أميناً في قبض الحقوق[4] .

(١ ، ٢ ، ٣) البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٢٤ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١٢١ .

(٤) البدائع ، حـ ٦ : ٢٤ - ٢٥ . ونلاحظ هنا أن التوكيلات التي تصدر للمحامين ينص فيها على أن للمحامى الإقرار والإنكار الخ ، كما ينص فيها أحياناً على أن له قبض ما يثبت للموكل من حقوق .

ومما يتصل بذلك ، أن يكون المرء وكيلا عن آخرَ فى أخذ عقار بالشفعة ، لثبوت الحق له فيها ، أوْ رَدّ مَبيع بالعيب الذى يُجيز له رَدَّه ، أو فى قسمة بعض ما يملك الموكِّل على الشيوع — فى كل هذه الحالات وأمثالها ، يملك الوكيل الخصومة ؛ لأنه قد يضطر إليها لإتمام ما وُكِّل فيه[1] .

٥٠٨ — ب) وفى الوكالة بالبيع يتقيد الوكيل بما يراه الموكِّل ؛ فإن خالفه لا يكون تصرفه صحيحاً إلا إذا أجازه الموكل ، أو كان خلافه إلى ما هو خير للموكل.

وإذاً ، إذا وكل إنسان آخر ببيع داره بألف جنيه مثلا ، وبألا يكون الثمن مؤجلا ، فباعها بأقل أو بألف مؤجلة كلها أو بعضها ، كان البيع غير نافذ إلا إذا أجازه الموكل ، وهذا مما لاخلاف فيه . ومعنى هذا أن يكون البيع صحيحاً موقوفا عند الأحناف ، لكنه يكون باطلا عند الشافعى[2] .

أما إذا كان الخلاف إلى ماهو خير ، كالبيع بأكثر من الثمن المطلوب ، أو بثمن حالّ ، على حين أن الموكل أجاز له تأجيل الثمن ، فإن التصرف يكون طبعاً صحيحاً نافذاً . لأنه — كما يقول الكاسانى — إن كان خلافا صورةً ، فهو وفاق معنى ؛ لأنه آمر به دلالة[3] .

هذا إذا كانت الوكالة بالبيع مقيدة ، بثمن أو صفة فى الثمن ؛ فإن كانت مطلقة ، فللوكيل أن يبيع بثمن عاجل أو آجل ، وبالقليل والكثير حتى بالغبن الفاحش ، عند الإمام ، وإلا لما كان معنى لإطلاق الحرية للوكيل ، فقد يرغب إنسان فى

---

(١) البدائع ، ٦ : ٢٥ .

(٢) المغنى ، حـ ٢ : ٢٢٩ ، وهذا عام فى البيع والشراء . وانظر أيضاً فى هذا ، شرح المنهج وحاشية البجيرمى ، حـ ٣ : ٦٨ — ٦٩ . وينظر فى بيان حكم تصرفات الوكيل بالبيع عند الأحناف إلى البدائع ، حـ ٦ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١١٧ — ١١٩ ؛ وإلى غير هذا من المراجع المعروفة فى باب الوكالة . وينظر عند الشافعية إلى نهاية المحتاج ، حـ ٤ ص ٢٣ وما بعدها ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢٢٣ وما بعدها ؛ وغير هذين من المراجع المعروفة . ويرجع عند الحنابلة إلى كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٩ وما بعدها .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ٢٧ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١١٧ .

التخلص من بعض مايملك ببيعه ، ولو بغبن فاحش غير متعارف . وعند الصاحبين ، ليس للوكيل مهما أطلقت الحرية له أن يبيع بما لايتغابن الناس عادة فيه ولابالنسيئة ؛ فذلك شأن التجارات بعامة ، وهو ما يتطلبه مصلحة الموكل . وكون التوكيل بالبيع مطلقا غير مقيد بثمن ، معناه انصرافه إلى البيع المتعارف ، والبيع بغبن فاحش لا يتعارفه التجار ، فلا ينصرف التوكيل إليه ، كما هو الأمر فى الشراء[1] .

وإذا كان الإمام يوسع من تصرفات الوكيل بالبيع ، ويخالفه فى هذا الصاحبان فإن الأمر ينعكس فى حالة أخرى . ذلك أن الوكيل بالبيع ليس له عند أبى حنيفة أن يبيع من نفسه ولا زوجته أو أبيه أو جده أو ولده أو ولد ولده ، وعندهما يجوز إذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر[2] .

أما فى البيع من نفسه ، فالسبب فى عدم جوازه عند الإمام أنه يصير إذاً مطالباً ومطالَبا ، مادامت حقوق العقد ترجع إليه ، أى يكون فى زمن واحد متسلما ومسلِّما ، وهو غير معقول ، فضلا عن التهمة . وفى البيع من زوجته وأصوله وفروعه ، يرجع السبب عنده إلى التهمة التى تكون عادة فى مثل هذه الحالات . ونحن لاندرى كيف تكون التهمة حاصلة إذا كان البيع بثمن المثل ، لا أقل ! أما التسليم والتسلم فيمكن أن يقوم بهما معا الوكيل كما يحدث كثيراً .

وجاء الشافعى وسطا بين الرأيين ، فأجاز أن يبيع لأبيه وابنه البالغ ، ومنع البيع — كالشراء — من نفسه وولده الصغير ونحوه ممن تحت ولايته[3] .

٥٠٩ — ح) وتصرف الوكيل بالشراء فى الحكم مثلُ تصرف الوكيل بالبيع ، من التقيد بما يقيده به الموكِّل ، من ناحية الثمن وصِنف المُشترَى ونوعِه وصفتِه ، أو الإطلاق له إذا لم يكن هناك تقييد فى الوكالة . فإذا خالف الوكيل فى شىء مما

(١) الشافعى هنا مع الصاحبين ، المغنى حـ ٢ : ٢٢٤ ؛ النهاية ، حـ ٤ : ٢٣ — ٢٤ .

(٢) البدائع ، حـ ٦ : ٢٨ ، الهداية ، حـ ٣ : ١١٧ .

(٣) مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢٢٤ — نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٦ — ٢٧ .

قيّده به الموكِّل ، كان تصرفه غيرَ نافذ على الموكل ، ووقع الشراء للوكيل نفسه ، ولا خلاف فى ذلك بين الفقهاء[١] .

والسبب فى هـذا ، أن هناك فرقاً بين الحكم على تصرفات الوكيل إذا كان وكيلا بالبيع وبينه إذا كان وكيلا بالشراء ، وهذا السبب يرجع للفرق بين طبيعة كلّ من العملين .

الوكيل بالشراء قد يُتّهم بأن كان يريد الشراء لنفسه ، فلما تبيّن أنه غُبِن فيه غبناً فاحشاً أظهر أنه يشترى باسم موكِّله ، ولهذا اتفق الإمام وصاحباه على أنه لا يجوز شراؤه للموكِّل إلا بما يتغابن الناس فيه ، إذا لم يعين الموكل ثمناً لما يريد شراؤه ؛ فى حين أن الإمام يجيز ذلك باسم الموكل، إذا كان الأمر أمر توكيل فى البيع لا فى الشراء[٢] .

وأيضاً ، الوكيل بالشراء ، من الممكن أن يلتزم ، عند عدم موافقة الصفقة للموكل ، أن يجعل الشراء لنفسه . ولهذا يكون « الأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه ، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل[٣] » ؛ أى إذا أجاز البيعَ جاز ، وإلا بطل كما تقدم ذكره .

وكما قلنا ، فيما يختص بالوكيل بالبيع ، بأن الإمام يرى — ويخالفه فى ذلك صاحباه — أنه ليس له أن يبيع من نفسه ، أو زوجته ، أو أبيه أو جَدّه ، أو ولده ، أو ولد ولده — كذلك الأمر فى الوكيل بالشراء ؛ فليس له أن يشترى من هؤلاء ،

---

(١) البدائع ، حـ ٦ : ٢٩ . وعند الشافعية ، انظر مثلا مغنى المحتاج حـ ٢ : ٢٢٩ . وعند الحنابلة أن الوكيل إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو الثمن الذى قدره له الموكل ، بما لا يتغابن الناس فيه عادة صح الشراء للموكل وضمن الوكيل الزيادة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٤١ والبيع كالشراء فى صحته وضمان الوكيل النقص فى الثمن ، أما ما يتغابن فيه الناس عادة فعفو لا يضمنه ، المرجع نفسه ص ٢٤٠

(٢) البدائع حـ ٦ : ٢٧ ؛ الهداية ، ٣ : ١١٥ ، ١١٧ . وانظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٤ : ٢٤ ؛ البجيرمى على المنهج ، حـ ٣ : ٦٢ .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ٢٩ . وانظر الاختيار أيضاً ، حـ ٢ : ٥٣ .

وكلٌ من لا تُقبل شهادته لهم ، لمكان التُّهمَة فى ذلك ، والصاحبان يجيزان هذا ، إذا كان الشراء بمثل القيمة ، أو أقلّ ، أو بزيادة يتعارفها التجار[(١)] .

ومن صُوَر الخلاف بين الوكيل بالبيع ، والوكيل بالشراء ، عند الإمام وصاحبيه ، أن الوكيل فى بيع شىء يضُرّه التبعيض ، كعبد أو دار مثلا ، فباع النصف فقط ، كان ذلك جائزاً عند الإمام ، بلا توقف على رضا الموكل و إجازته ، وعندهما لا يجوز إلا بإجازة الموكل نفسه ، أو ببيع النصف الثانى دفعاً للضرر عنّ الموكل . أما لو كان التوكيل بالشراء ، فاشترى النصف فقط ، لم يلزم هذا الشراء الموكل ، إلا إن أجازه أو اشترى الباق[(٢)] .

يرى الصاحبان أنه لا فرق بين البيع والشراء عرفاً وعادة ، والمهم هو وجوب دفع الضرر عن الموكل — إلا إن رضى به — الذى يكون بالشركة فى الأعيان ، أى فيما يضره التجزئة . أما أبو حنيفة ، فيفرّق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء ، كما رأينا من قبل . ونظن أن الحق هو كما رأى الصاحبان ، أى لا فرق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء فى ذلك .

٥١٠ — د) بقى بعد ما تقدم ، الوكالة فى الزواج والطلاق ، والإجارة والرهن ونحو ذلك مما تستلزمه إدارة الأموال وفى هذا كله يتقيد الوكيل بما يقيده به الموكل وليس له أن يتصرف بما فيه ضرره ، ولا نطيل فى الكلام فى ذلك فهو معروف .

٥١١ — هـ) ومما يدخل فى تصرفات الوكيل ، أنه قد يباشر بنفسه ما وكل فيه ، وقد يتركه لغيره يقوم به عنه ، فهل له ذلك دائماً ؟

لبيان هذا ، نذكر أن الوكالة إن كانت مقيدة بأن يعمل الوكيل بنفسه ، فليس له توكيل غيره فيما وكل فيه . و إن أطلق له الموكل فى ذلك ، بأن أذنه أن يقوم بما

---

(١) البدائع ، حـ ٦ : ٣١ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١١٧ . وانظر عند الشافعية ، فضلا عما تقدم البجيرمى على المنهج ، حـ ٣ : ٦٣ — ٦٤ فيما يختص بالبيع .

(٢) البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٢٧ — ٢٨ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١١٨ .

وكل به على الوجه الذى يراه ، كان له توكيل الغير ، ويكون هذا الغير حينئذ وكيلا معه عن الموكِّل(١) . وهذا ما يجرى اليوم عادةً فى توكيلات المحامين ، إذ ينص فى عقد التوكيل على أن للمحامى الوكيل أن يوكِّل غيره معه فى كل ما وكِّل فيه أو بعضه .

وللشافعية والحنابلة تفصيل فى ذلك إنهم يقولون : ليس للوكيل أن يوكِّل فيما وكِّل به بلا إذن الموكِّل ، متى كان قادراً على ما وُكِّل فيه . أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وُكِّل فيه — لكثرته التى تجعله عاجزاً عن القيام به كلِّه ، أو لأن بعض ما وُكِّل فيه لا يليق به القيامُ به — كان له أن يوكِّل غيره حينئذ ، ويكون هذا الوكيل الثانى وكيلا معه عن الموكِّل ، فينعزل بعزله ، إلا إن قال الموكِّل : وَكِّلْ عنك حين الحاجة ، فيكون الثانى وكيلا عن الأول فينعزل بعزله وموته ونحو ذلك . ومعنى هذا أنه يكون وكيلا عن الموكِّل الأول عند الإطلاق ، أى عند التصريح له بالوَكالة دون أن يقول عنى أو عنك(٢) .

ح — تعدد الوكلاء :

٥١٢ — والوكيل كما يكون واحداً ، قد يكون متعدداً ، كما يحدث فى كثير من القضايا عن الشخص الواحد . فإن وكل إنسان وكلاء متعددين ، كُلاًّ فى عقد خاص ، وأعمالٍ خاصة ، كان للواحد منهم أن يقوم بما وكل فيه وحده دون حاجة لاستشارة غيره . وإن كانت هذه الوكالة لعمل واحد ، كان لأى من الوكلاء القيامُ به وحدَه كذلك ، وحينئذ تنتهى وكالةُ الآخرين .

أما إن كانت الوكالة للجميع فى عقد واحد ، فليس لأحدهم — دون إذن الموكل —

---

(١) راجع ، مثلا ، الهداية ، حـ ٣ : ١١٩ — ١٢٠

(٢) انظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٨ — ٣٠ ؛ وعند الحنابلة ، كشاف القناع حـ ٢ : ٢٣٤ — ٢٣٥ . وهنا ينبغى أن نبين أن الشافعية يقيدون صحة توكيل الوكيل فيما زاد على طاقته ، أو فيما لا يحسنه ، أو لا يليق به ؛ لأن هذه الحالات هى موضع الحاجة ، لا فى غيره (ص ٢٩ نهاية) ، وكل هذا طبعاً ما لم يأذن له الموكل .

الانفراد بالقيام بما وكلوا فيه . لأن الموكل ما وكلهم مجتمعين إلا لقصد التعاون والاستشارة فيما بينهم ضماناً لصالحه[1] .

إلا أنه يجب أن نخرج من هذه القاعدة العامة ، الأعمالَ التى لا تحتاج لأخذ الرأي ، والأخرى التى لا يمكن الاجتماع فيها . الأولى ، مثل ردّ الودائع ، وقبض الديون وإيفائها . والأخرى ، مثل القيام بالمرافعة فعلا أمام المحكمة[2] . أما إعداد المذكرات المرافعة بها ، فيمكن طبعاً الاجتماع بشأنها وإعدادها معاً ، كما يمكن تقسيم الدفاع على المحامين الموكّلين فيما بينهم ، فيقوم كل بقسم منه . وهذا ما يجرى عادةً .

حكم العقد وحقوقه :

٥١٣ — وحكم العقد وحقوقه ، لمن ترجع ؟ هنا ، لابد من بيان : ما المراد بالحكم ؟ وما المراد بالحقوق ؟ ثم يكون الكلام بعد ذلك على من ترجع إليه .

يراد بحكم العقد ، الغرض والغاية منه . فى عقد البيع والشراء ، يكون الحكم هو ملكيةَ المبيع للمشترى ، وملكية الثمن للبائع ، وفى عقد الإجارة ، الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملكُ المؤجِّر مالكِ العين الأجرة . وهكذا ، فى العقود الأخرى .

أما حقوق العقد ، فهى الأعمال التى لا بد منها للحصول على حكمه . مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب ، أو خيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلا . ومثل تمكين المستأجر من تسلم العين التى استأجرها للانتفاع بها ، وضمان وصول الأجرة للمالك المؤجر ، وهكذا من ضروب الحقوق الأخرى التى تختلف طبعاً باختلاف العقود .

٥١٤ — بعد هذا وذاك ، نقول كان الواجب أن ترجع أحكام العقد وحقوقه

---

١ ، ٢ راجع مثلا ، الهداية ، ج ٣ : ١١٩ ، البدائع ج ٦ : ٣٢ — ٣٣ .

للوكيل ، ما دام ركن العقد هو الإيجاب والقبول ، وهما يصدران من الوكيل متى قام به ، فيعتبر أصلا فى العقد . لكن الضرورة تقضى ، بأن ترجع الحقوق وحدها — لا الأحكام — إليه دون الموكل ، ما دام الذى صدر منه ركن العقد لا يعبّر عن اسمه .

بهذا تنطق كتب الأحناف جميعها بلا استثناء ، وفى هذا يقول الزيلعى ما نصه « الوكيل أصل فى العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا ، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له . غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم ؛ جعلناه نائباً فى حق الحكم للضرورة كى لا يبطل مقصوده . وراعينا الأصل فى حق الحقوق ، إذ لا ضرورة فى حقها . والدليل على أنه أصل فى العقد ، استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ؛ ولو كان سفيراً كما زعم [يريد الشافعى] لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته »[1] .

وليست العقود فى هذه المسألة ضرباً واحداً ؛ بل إن منها ما ترجع حقوقه للوكيل ، ومنها ما ترجع حقوقه للموكل . أما الأحكام ، فترجع للموكل فى كل العقود بلا تفرقة بين عقد وعقد آخر .

٥١٥ — وتفصيل الكلام فى ذلك أن العقود التى يصح إضافتها إلى الوكيل كالبيع والشراء والإجارة والصلح فى المنازعات المالية ونحو ذلك كله ، ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل دون الموكل ، حتى ليكون المالك فيها كالأجنبى ، ويكون الوكيل كأنه المالك[2] .

وإذاً ، الوكيل هو الذى له حق مطالبة المشترى بالثمن ، وليس ذلك للموكل إلا بإذن الوكيل وأمره ، فلو طالب الموكل المشترى بالثمن فى هذه الحالة لا يجبر على تسليمه له ، غير أنه إن سلمه له برىء استحساناً وكذلك الوكيل هو

---

(١) حـ ٤ : ٢٥٦

(٢) يرجع فى هذا كله ، البدائع ، حـ ٦ : ٣٣ . الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥٦ — ٢٥٧ الهداية ، حـ ٣ : ١١١

المطالب بتسليم المبيع للمشترى ، و إذا استحق المبيع كان للمشترى مطالبة الوكيل لا الموكل ، إلا إذا كان دفع الثمن له مباشرة . و إذا وجد المشترى المبيع معيباً ، كان خصمه فى هذا الوكيلَ لا الموكِّلَ . فالوكيل بالشراء هو الذى يطالب المشترى بالثمن وهو الذى يقبض المبيع ، وهو الذى يرجع بالثمن على البائع إن استحق المبيع . وهكذا ، فى العقود المشابهة لعقد البيع والشراء ، كالإجارة والرهن والقرض[1] .

٥١٦ — وأما العقود التى لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه ، مثل الزواج والطلاق على مال ، والخُلع والصلح عن دم العَمْد ونحوِها ، فالحقوق فيها كلها ترجع للموكِّل دون الوكيل ، الذى ليس فى هذه العقود إلا سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكّل . و يترتب على ذلك ، أنه ليس للزوجة أن تطالب وكيل الزوج بالمهر ، بل تطالب الزوج نفسه ، إلا إذا ضمن وكيل الزوج المهر ، فلها أن تطالبه به بحكم ضمانه ، لا وكالته . وكذلك لا يملك وكيل الزوجة قبض المهر ، والوكيل بالخلع لا يطالَب ببدَله إن كان عن الزوجة إلا إذا ضمنه ، ولا يطالِب به إن كان عن الزوج . والوكيل بالصلح ليس له أن يطالِب ببدله ، إن كان وكيلا عن المدفوع له أو الدافع[2] .

٥١٧ — هذا عند الأحناف . أما عند الشافعية ، فقد ذكرت كتب الأحناف أنهم يخالفونهم فيجعلون حقوق العقود — التى ترجع للوكيل عند الأحناف — ترجع للموكّل نفسه دون الوكيل ، كأحكامها ، وكحقوق العقود الأخرى ، التى ترجع عند الأحناف أيضاً للموكّل نفسه كالزواج ونحوه[3] .

إلا أنه بالرجوع لـكتب الشافعية أنفسهم ، نتبين أنهم يجعلون حقوق الضرب

(١ ، ٢) يرجع فى هذا كله للبدائع ، حـ ٦ : ٣٣ . الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥٦ — ٢٥٧ ؛ الهداية ، حـ ٣ : ١١١ .

(٣) يرجع فى ذلك إلى البدائع ، حـ ٦ : ٣٣ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥٩ ؛ الهداية حـ ٣ : ١١١ قارن هذا بما جاء فى : أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٢٩ من الطبعة الثالثة ؛ الملـكية ونظرية العقد ص ٣٣٦ — ٣٣٧ ، ص ٣٤٩ .

من العقود التى هى موضوع النزاع ترجع للوكيل لا للموكّل مثل الأحناف تماماً ، وإن كان بعض هذه المراجع يذكر هذه الحقوق تحت عنوان « أحكام » ، ولكنها تريد بكلمة « أحكام » الحقوق بلا ريب ، بدليل التمثيل لها بما لا يدع موضعاً للشك أو النزاع .

ففى المنهاج وشرحه لشمس الدين الرملى أن أحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكّل ، فيعتبر الوكيل دون الموكّل فى الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فى المجلس ، فيما يشترط فيه ذلك . وإذا اشترى الوكيل ، طالبه البائع بالثمن ، وإذا استحق المبيع رجع المشترى على الوكيل بالثمن ما دام قد دفعه له ، ثم يرجع الوكيل على الموكّل ، وإن كان للمشترى الرجوع ابتداء على الموكّل نفسه فى الأصح[1] .

وفى مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ، شرح المنهاج أيضا ، مثل ذلك تماما[2] . وكذلك الأمر ، فى منهج الطلاب وحاشية البجيرمى عليه[3] .

اللبس جاء إذاً من إطلاق الشافعية لفظ « أحكام العقد » ، ويريدون به حقوقه ؛ فخفى الأمر على الناقلين الأصلاء عن مراجع الشافعية ، ثم على من اعتمد هذا النقل من الكتاب الأحناف المتأخرين والمعاصرين !

٥١٨ — أما الحنابلة ، فإنهم يرون — وهنا لا محل للشك — أن حقوق العقد ترجع للموكّل نفسه ، كما يرجع إليه حكمه ، لأنهم لا يعتبرون الوكيل إلا معبراً وسفيراً عن العاقد الأصيل ، فلا يرجع إليه حكم العقد ولا حقوقه . وقد مثلوا لهذه الحقوق بما لا يخرج عن تمثيل الأحناف لها ؛ مثل تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، وضمان الدرك ، والرد بالعيب ونحوه[4] .

هذا ، والأحناف حين يرجعون حقوق العقد للوكيل دون الموكّل ، يشترطون

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٤ : ٣٧ — ٣٨ .
(٢) جـ ٢ : ٢٣٠ — ٢٣١ .
(٣) جـ ٣ : ٧١ .
(٤) كشاف القناع ، جـ ٢ : ٢٢٨

أن يكون الوكيل من « أهل العهدة » أى أن يكون أهلا لأن تلزمه الحقوق ونقول نحن والشافعية معهم ، ويرتبون على ذلك ، أن الوكيل إذا لم يتحقق فيه هذا الشرط بأن كان محجوراً عليه ، ينفذ عقده الذى وكّل به ، ثم ترجع الحقوق إلى الموكّل نفسه لا إليه ، وذلك لقصور أهليّة الصبىّ ، ولحق مولى العبد ، وتكون الحالة هنا كحالات الرسول والقاضى وأمين القاضى ، عندما يباشر الواحد منهم عقداً من العقود باسم الغير[١] .

ذلك ، ونرى أن قول من يرى رجوع الحقوق إلى الموكّل فى بعض العقود ، كالحنابلة ، يضيع إلى حدّ كبير الغرض من الوكالة والتوكيل . فإن المرء يوكّل غيره فى بعض أموره كى يتخفف من عناء مباشرتها بنفسه ، أو لأنه لا يرى لنفسه أن يباشرها ، أو لأنه لا يقدر على القيام بها . فإذا جعلنا الحقوق ترجع إليه فى عقود البيع والشراء والإجارة ونحوها ، لم نحقق له الغرض الذى كان يبغيه من توكيل من يقوم بها . ولهذا نميل — بحق — إلى رأى الأحناف والشافعية فى هذه المسألة .

٥١٩ — على أنه يحسن هنا أن ننبه إلى أن العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع ونحوه ، يتضمن أمرين أو حقيقتين[٢] :

ا) أنه حين يضيفه إلى نفسه ، أصبح المتعاقد الآخر لا يعرف غيره ومن ثم رأى الفقهاء أن يجعلوا عهدته وضمانه وحقوقه ترجع إليه دون الموكل ، رعاية لصالح ذلك المتعاقد الآخر . . . .

ب) أنه مع هذا ، لم يقدم على العقد ويصدره بلسانه وعبارته ، إلا بإرادة الموكل المستور ، وإذاً فهو ينوى العقد له ويقوم به بأمره ، ومن ثمّ جعل الفقهاء حكم العقد وغرضه والغاية منه للموكّل نفسه ، لا للوكيل الذى ليس فى الواقع إلا متكلما باسمه وعاقداً العقد له ، ما دام قد استمد ولايته فى عقد منه .

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ . ٢٥٧ ؛ البدائع للكاسانى ، حـ ٦ : ٣٤ .
(٢) البدائع ، حـ ٦ : ٣٣ — ٣٤

وبهذا وذاك ، لم يهمل الفقهاء الأحناف ، ومن ذهب مذهبهم ، الحقيقة الأولى ولا الأخرى . أما العقود التي يجب أن يضيفها الوكيل إلى الموكل ، كالزواج ونحوه ، لأنها لا يصح إلا أن تضاف له ، ففي إضافتها للموكل صراحة في العقد تنبيه للطرف الآخر المتعاقد معه أن الوكيل يتولى العقد لغيره ، وإذا فتكون حقوقه وعهدته وضمانه راجعة حتما للموكّل نفسه .

٥٢٠ — بقى أن نتكلم على الكيفية التي بها يثبت حكم العقد للموكّل في العقود التي يضيفها الوكيل لنفسه ، ففي هذا شيء من الخفاء لصدورها عن الوكيل وإضافتها لنفسه .

في هذا ، يرى الحنابلة والشافعية أن الملك في عقد البيع ، مثلا ، ينتقل مباشرة للموكّل ، ولا يكون للوكيل أوّلاً ثم ينتقل عنه لموكله ، ما دام الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره[١] .

ويرى أبو حنيفة أنه يكون أولا للوكيل ، ومنه ينتقل للموكّل ، بدليل أن حقوقه ترجع له لا للموكّل ، وأنه لو خالف الوكيل الموكّل فاشترى بغير ما عيَّن له موكله كان الشراء له ولم يصر بعدُ للموكّل[٢] .

ويتفرع على هذا ، أن المسلم لو وكّل ذمياً بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء عند الأولين لأن المسلم ليس له أن يتملك شيئاً من هذين ، ويصح عند أبي حنيفة ويقع للذمى الوكيل لا للمسلم الأصيل الموكّل[٣] .

هذا ما ذكره ابن قدامة في كتابه المغني ، والمعروف في مذهب الأحناف غير هذا ، فالملك عندهم يثبت ابتداء للموكّل ، دون حاجة لأن يثبت للوكيل ثم ينتقل منه للموكل . ففي متن الكنز وشرحه أن الملك ، في عقد البيع والشراء ، يقع ابتداء للموكل ، حتى لا يعتق قريب الوكيل عليه إذا اشتراه لموكله ، كما لا يفسد الزواج إذا اشترى زوجته بالوكالة[٤] .

(١ ، ٢ ، ٣) راجع المغني لابن قدامة ، حـ ٥ : ١٣٠ . وانظر كشاف القناع حـ٢ : ٢٣٨ .

(٤) الزيلعي على الكنز ، جـ ٤ : ٢٥٦ .

٧ - انتهاء الوكالة :

٥٢١ — وصلنا ، أخيراً ، إلى آخر مبحث فى الوكالة ، نعنى انتهاء هذا العقد بم يكون ، وهذا مبحث لابد منه فى كل عقد من العقود ، وبخاصة والوكالة عقد غير لازم فلكل من طرفيه الرجوعُ عنه حين يشاء .

ينتهى عقد الوكالة بواحد من أمور كثيرة ، هذه أهمها :

ا) بانتهاء الغرض من الوكالة ، بأن يتم التصرف الذى وكل فيه ، إذ يصبح العقد حينئذ غير ذى موضوع .

ب) بأن يقوم الموكّل صاحب الشأن نفسُه بالعمل الذى وَكّل فيه غيره ، إذ يصبح العقد حينئذ أيضاً غير ذى موضوع فينعزل الوكيل وإن لم يعلم بذلك[1]

حـ) بعزل الموكل له ، لأن عقد الوكالة من العقود غير اللازمة كما قلنا فهو بطبيعته قابل للفسخ ، إلا أنه يجب أن يعلم الوكيل بالعزل ، وقبل العلم به تكون تصرفاته كتصرفاته قبل العزل فى جميع الأحكام[2] . وكذلك ، ليكون العزل صحيحاً ، يجب ألا يكون قد تعلق بالوكالة حقٌ للغير ، وإلا لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق . ومن مثل هذا ، وكيل المدين ببيع الرهن لسداد الدين عند حلول الأجل ، لا يملك المدين الموكل عزله إلا برضا الدائن[3] .

د) موت الموكل أو جنونه جنوناً مطبقا ، يستوعب شهراً عند أبى يوسف ، أو حولا عند محمد ، لأنه يسقط حينئذ العبادات كلها ؛ وذلك لأن التوكيل استمداد من أهلية الموكل ، وقد زالت حينئذ ، ولذلك لا يشترط هنا علم الوكيل بهذا العارض أو ذاك .

---

(١) البدائع ، جـ ٦ : ٣٩ .

(٢) عند الشافعى ينعزل وإن لم يعلم بالعزل ، الزيلعى ٤ : ٢٨٧ ؛ نهاية المحتاج ، جـ ٤ : ٣٩ وزاد هنا أنه لا ينعزل فى قول حتى يبلغه الخبر ممن تقبل روايته ؛ وانظر أيضاً مغنى المحتاج ، جـ ٢ : ٢٣٢ .

(٣) البدائع للكاسانى ، جـ ٦ : ٣٧ — ٣٨ ؛ الزيلعى ، جـ ٤ : ٢٨٧ .

هـ) ومما يتصل بهذا عجز الموكل إن كان مكاتباً ، أو الحجر عليه إن كان مأذوناً له فى التصرف ، لأنه حينئذ لم تبق له أهلية أداء يستمد منها الوكيل ولايته .

و) إذا أخرج الوكيل نفسه من الوكالة ، وهذا ما يحدث من المحامى أحياناً كثيرة بالنزول عن التوكيل إلا أنه حينئذ ، لا يخرج من الوكالة إلا إذا علم الموكل بهذا حتى لا يناله ضرر من ذلك ، ولم يشترط الشافعى علم الموكل بعزل الوكيل نفسه[1] ، كما لم يشترط على الأصح علم الوكيل بعزل الموكّل إياه ولعل من الحق أن نشترط فى هذا أن يعلم الموكل ، حتى لا يضار كما يقول الأحناف ، وبخاصة فى هذا العصر الذى كثرت فيه المشاكل واحتاج الناس للتوكيل فيها .

ز) ويذكر الفقهاء أن عقد الوكالة ينتهى أيضاً بخروج الوكيل عن الأهلية بالموت أو الجنون جنونا مطبقاً ، ونحن لا نرى معنى للنص على السبب الأول من هذين ، فذلك بديهى .

ح) وكذلك ينعزل الوكيل بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها بالبيع أو الشراء أو التأجير مثلا ، لأن العقد يصبح فى هذه الحالة غير ذى موضوع كحالات أخرى سابقة . ومن مثل هذا ، أن يوكل إنسان آخر باستئجار دار من الدور التى هلكت فى حريق القاهرة يوم ٢٦ يناير عام ١٩٥٢ المشئوم أو شرائها والأمر فى هذا واضح .

* * *

٥٢٢ — وأخيراً ، نذكر أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه لموكله ، إلا إذا كان منه تعدٍّ أو تفريط ؛ وأن الوكالة قد تكون تبرعا من الوكيل ، وقد تكون بأجر ، وحينئذ فللموكل أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود ، وإلا كان عليه التعويض[2] .

---

(١) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٤١ ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ٢٣٢ .
(٢) الوكالة هذه الأيام ، كما هو معلوم ، تكون غالباً بأجر ، والمثل كثيرة معروفة .

تصرف الفضولى

٥٢٣ — رأينا فيما تقدم أن من يتولى عقداً من العقود يكون إما أصيلا عن نفسه ، وإما وليا ، أو وكيلا عن غيره . لكن هناك من الناس من يتصرف فى شىء ما ، أو يعقد عقداً من العقود ، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به ، وهذا ما يسمى بالفضولى ، والمعنى الشرعى هنا راجع للمعنى اللغوى .

ومن مثل ذلك ، الرجل يزوج أو يطلق من لم يأذن له فى ذلك ، أو يبيع أو يشترى للغير ، أو يؤجر أو يستأجر لمن ليس هو وصياً أو ولياً أو قيّما عليه أو وكيلا له .

حكم هذه التصرفات :

٥٢٤ — حكم ما يتولاه الفضولى من التصرفات أو العقود ، بصفة عامة ، أن تنعقد ، ولكنها تصير موقوفة على صاحب الشأن ، فإن أجازها جازت ونفذت ، وإلا بطلت ، لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة كما يقول الفقهاء .

هذا ، عند الأحناف(١) . أما الحنابلة فيرون أن العقد لا ينعقد أصلا ، بل هو باطل ، فلا تلحقه إجازة صاحب الشأن . وفى هذا جاء فى كتاب كشاف القناع ، بعد ما ذكر أن من شروط البيع أن يكون المبيع ملكا للبائع وقت العقد : « فإن باع ملك غيره بغير إذنه ، ولو بحضرته وسكوته ، لم يصح البيع ولو أجازه المالك بعدُ لفوات شرطه ... أو اشترى له ، أى لغيره بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح الشراء ، ولو أجيز بعدُ ، لما تقدم(٢) » .

٥٢٥ — وفى القول المشهور عند الشافعية أن عقد الفضول يقع باطلا ، فلا يصح ،

---

(١) يرجع للبدائع ، مثلا ، حـ ٥ : ١٤٨ وهو قول مالك ، وابن حنبل فى رواية عنه . وفى قول آخر عن مالك أنه يقع موقوفاً إن كان العقد عقد معاوضة كالبيوع والشراء والنكاح والإجارة وإلا كان باطلا إذا كان عقد تبرع .

(٢) كشاف القناع ، حـ ٢ : ١١ — ١٢ .

ولو أجازه صاحب الشأن ، كما هو الأمر عند الحنابلة وفى قول آخر ، وهو فى القديم كما حكى فى الجديد أيضا ، أن عقد الفضولى يقع موقوفاً على رضا المالك ؛ فإن أجازه نفذ ، و إلا فلا[١] .

وقد ذهب الشافعية إلى هذا الرأى ، لأن العقد عندهم متى تحقق لا يصح أن يتأخر عنه حكمه وآثاره ، بل تترتب عليه فوراً . و إذاً ، فمتى وجد العقد ، وجد حكمه وآثاره ، ووجود العقد عندهم لا يتم إلا بأمرين : أن يكون العاقد صاحبَ شأن ، أو نائباً عنه بوصاية ، أو ولاية ، أو وكالة ، مثلا وأن يكون له أهلية أداء تجعل له حق مباشرة العقد . فإذا فقد أحد هذين ، وقع العقد باطلا ، ولا قيمة حينئذ لإجازة صاحب الشأن من بعدُ ؛ لأنها لم تصادف عقداً قائماً موقوفا فتجعله صحيحاً نافذاً . وتلك حالات الصبى ولو مميزا ، والسفيه ومن إليهما ؛ لفقدهم عنصر الأهلية ، أو نقصانها فيهم ، وكذلك حالة الفضولى لأنه ليس صاحب شأن ، ولا نائباً عنه ، و إن كانت أهليته كاملة . ولهذا نجد كتب الشافعية تنص على أن من شروط البيع أن يكون البائع مالـكا للمبيع ، و إلا كان عقده باطلا ، و إن أجازه المالك ، إلا فى المذهب القديم فإنه يكون موقوفاً على إجازة المالك كما يرى الأحناف[٢] .

ولعل الذى جعل الشافعية يصيرون إلى هذا المذهب ، وهو اشتراط أن يكون البائع مالـكا لمحل البيع و إلا كان البيع باطلا ، هو أيضا — فضلا عما تقدم — ما ورد فى الحديث من أن حكيم بن حزام (توفى عام ٥٤ وهو ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها) كان يبيع ماليس عنده ثم يذهب يشتريه و يسلمه للبائع ، ولما سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن صنيعه هذا نهاه عنه وقال له : « لا تبع ما ليس عندك[٣] » .

(١ ، ٢) يرجع إلى شرح المنهج وحاشية البجيرمى عليه ، حـ ٢ : ١٩٧ ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ١٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٢٣ — ٢٥ .

(٣) روى هذا الحديث أبو داود والترمذى وقال إنه حسن ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٢٤ ؛ مغنى المحتاج ، ٢ : ١٥ .

فهذا النهى عن بيع مالا يملك الإنسان ، يدل على أنه لو باع مع هذا مالا يملكه لاينعقد البيع نزولاعلى قول الرسول وهوالشارع الذى لاينطق عن الهوى، ولهذا لا ينعقد شراء الفضولى أيضاً كبيعه .

٥٢٦ — أما الأحناف ومن ذهب مذهبهم ؛ من المالكية ، والحنابلة فى بعض الروايات عن أحمد بن حنبل ، فأصلهم الذى بنوا عليه مذهبهم هو أن شرط ملك المبيع أو الولاية عليه ليس شرطاً لانعقاد العقد ونفاذه معا كما هو أصل الشافعى ؛ بل هو شرط للنفاذ لا للانعقاد ، ولهذا ينعقد العقد صحيحاً ولكنه يكون موقوفا على إجازة المالك ؛ فإن أجازه نفذ ، و إلا بطل .

و يستدلون لهذا . بأن الآيات التى وردت فى حل البيع وصحته عامة ، لم يستثن منها أن يكون العاقد فضوليا . ومن هذه الآيات قوله تعالى : « وأحل الله البيع » وقوله : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقوله : « فإذا قُضِيَتْ الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » .

وفى هذا يقول علاء الدين الكاسانى[1] : « شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل ؛ من غير فصل بين ما إذا وجد من المالك بطريق الإصالة ، وبين ما إذا وُجد من الوكيل فى الابتداء ، أو بين ما إذا وُجدت الإجازة من المالك فى الانتهاء ، و بين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده ؛ فيجب العمل بإطلاقها ألا ما خُص بدليل » .

ثم هذا تصرف يفيد التمليك ، وقد صدر ممن هو أهل لإصداره وصادف محله وهو موضوع البيع والعقد ، فإعماله أولى من إهماله . إن فى اعتبار هذا العقد صحيحاً موقوفاً صيانة أفعال العاقل — وهو هنا العاقد الفضولى — عن العبث ، وفيه مصلحة للمالك إذ ربما يعرف العاقد حاجته للبيع وأن هذه فرصة له ، وليس فيه أى ضرر

---

(١) البدائع ، ﺟ ٥ : ١٤٩ .

يأخذ لأن المالك له ألا يجيز العقد إن لم يجد فيه فائدته ، فلماذا إذاً نبطله من أساسه كما يرى الشافعي[1] !.

وبعد هذا الاستدلال بالعقل ، يجد الأحناف ومن أخذ أخذهم دليلا من النقل فقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارق[2] ديناراً ليشترى به شاة يضحى بها ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداهما بدينار جاء به هو والشاة للرسول ، فأثنى عليه ودعا له بالبركة ، فكان — كما يقولون — لو اشترى ترابا ربح فيه[3] .

٥٢٧ — ولكن ، أليس لنا أن نقول بأن الأمر هنا أمر وكالة خالف فيها الوكيل إلى خير ، فلاشك حينئذ فى جواز عقده ونفاذه على الموكل ، لا أمر عقد فضولى بمعنى الكلمة ؟ على أن هذه الملاحظة ، لاتمنع من القول بأن تصرف الفضولى — عقدا أو شراء — قد يكون فى حالات غير قليلة من مصلحة المالك فى البيع والمشترى له فى الشراء ، وهذا أمر يحدث فعلا فى الحياة العملية ، فمن الخير لهذا أن نقول بانعقاده موقوفا على إجازة من له الإجازة .

ثم ، إن الأحناف يفرقون — مع هذا — بين حالة البيع وحالة الشراء . ففى البيع ينعقد تصرف الفضولى صحيحاً موقوفا ، سواء أضاف الفضولى العقد إلى نفسه أم إلى المالك ، لأنه لا يمكن طبعاً أن يجد العقد سبيلا للنفاذ على العاقد . أما فى حالة الشراء ، ففى الأمر تفصيل .

إن الفضولى إن أضاف الشراء لنفسه ، مع أنه يريد فى نيته الشراء لغيره ، كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان

---

(١) انظر فتح القدير ، حـ ٥ ، ٣٠٩ ؛ البدائع ، حـ ٥ ، ١٤٩ .
(٢) هو عروة بن أبى الجعد الأسدى ، وكان صاحب القضاء بالكوفة فى عهد عمر بن الخطاب .
(٣) فتح القدير ، حـ ٥ ، ٣٩٠ ؛ وانظر البدائع ، حـ ٥ ، ١٤٩ ، وفيه أن القصة مع حكيم بن حزام مع شىء من الاختلاف يسير ، وربما كان هناك قصتان ؛ وانظر أيضاً شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتى ٧٨٦ هـ ، بهامش فتح القدير ، حـ ٥ ، ٣١١ .

لنفسه لا لغيره ، وبخاصة متى أضافه لنفسه فى الإيجاب أو القبول حين العقد ، وكان هناك محل لينفذ له ؛ ولا فرق فى هذا بين أن يجيز المشترى له العقد أو لا يجيزه ، لأن الشراء متى وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه . فإذا لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولى ، بأن كان صبياً أو محجوراً أو عبداً كذلك ، كان من الضرورى أن ينعقد موقوفا على الذى اشترى له ، فإن أجازه كانت العهدة — أى الحقوق — عليه لأنهما ليسا من أهلها[1] .

وأما إن أضاف الفضولى عقد الشراء للغير ، انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة هذا الغير ؛ فإن أجازه نفذ عليه ، واعتبر الفضولى وكيلا ترجع إليه حقوق العقد ، فى العقود التى ترجع حقوقها للعاقد كما مر فى عقود الوكيل وتصرفاته .

٥٢٨ — ذلك ، وهذه الإجازة لها شروطها عند من يرى انعقاد عقد الفضولى موقوفاً ، وكذلك الفسخ له أوضاعه ، فما هذه الأوضاع ، وما تلك الشروط ؟

من شروط الإجازة أن يكون للعقد الصادر من الفضولى مجيز حين العقد ، أى من كان يستطيع إصداره بنفسه . وإذاً ، لو طلق فضولى امرأة زوج بالغ ، أو طلب شيئاً من ماله ، كان لصاحب الشأن أن يجيز هذا العقد ، وحينئذ تكون هذه الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة ؛ لأن صاحب الشأن هنا كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسها ، فيستطيع لهذا أن يجيزها بعد وقوعها . وأما لو فعل فضولى شيئاً من ذلك بالنسبة لصغير ، لا ينعقد العقد ، ولا قيمة لإجازته من الصبى أو وليه ، لأن أحداً منهما لا يملك إصدار هذه التصرفات ، فلم يكن لها مجيز حين العقد . ويترتب على هذا الشرط أن الفضولى لو أقدم على بعض التصرفات التى تجوز لولى

(١) انظر البدائع ، حـ ٥ : ١٥٠ ؛ الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم المصرى ، وقد أخذ هذا عن جامع الفصولين لشيخ الإسلام محمود بن إسرائيل المشهور بابن قاضى سماونه ، حـ ١ : ٢٣٣ . وفيه أن الوكيل إذا خالف فى الشراء ينفذ عليه كالفضولى أيضاً . وفى مختصر الطحاوى (ص ٨٣) : « وإن اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره ، كان ما اشترى من ذلك لنفسه ، أجازه الذى اشتراه له أو لم يجيزه » .

الصغير ، انعقدت موقوفة على إجازة الولى أو الصغير بعد البلوغ[1] .

ومنها أن تكون حين وجود المتعاقدين والمالك والمبيع ؛ فلو حصلت بعد هلاك واحد من هؤلاء الأربعة ، بطل العقد ولم تفد الإجازة شيئاً[2] ، والسبب فى هذا واضح بأدنى تأمل .

٥٢٩ — أما فسخ العقد الصادر من الفضولى ، عقد بيع مثلا ، فإنه قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع بطبيعة الحال ، كما قد يكون الفضولى البائع قبل إجازة المالك حتى يدفع عن نفسه الحقوق التى تلزمه لو أجاز المالك ، وقد يكون أخيراً من المشترى ليدفع عن نفسه ما قد يكون من ضرر يلحقه بشرائه من غير صاحب الشأن ولا نائب عنه[3] .

لكن الفضولى فى عقد الزواج ليس له فسخه ، لأن عقد الزواج — على خلاف عقد البيع — من العقود التى لا ترجع فيها الحقوق إلا للأصيل صاحب الشأن ولو كان العاقد وكيلا عنه ، فهو ليس إلا سفيراً ومعبراً عن صاحب الشأن فلا ضرر عليه يتقيه بفسخ العقد[4] .

* * *

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ١٤٩ ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ٣١١ ؛ البجيرمى على المنهج ، حـ ٢ : ١٩٧ ؛ مغنى المحتاج ، حـ ٢ : ١٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٢٤ .

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ١٥١ ؛ الطحاوى (المختصر) ، ص ٨٢ — ٨٣ ؛ الهداية وفتح القدير ، حـ ٥ : ٣١١ .

(٣) البدائع ٥ : ١٥١ .

(٤) البدائع ، حـ ٢ : ٢٣٣ ، حـ ٥ : ١٥١ — ١٥٢ . وفى الهداية وشرحها فتح القدير (حـ ٥ : ٣١٢) : « وللفضولى ، أى فى البيع ، أن يفسخ قبل إجازة المالك ، حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف . وإنما كان له ذلك ، ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ، ويخاصم بالعيب ، وفى ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه . بخلاف الفضولى فى النكاح ليس له أن يفسخ لا بالقول ولا بالعمل [كأن يزوجه أختها فيتوقف العقد الثانى أيضاً] ، لأنه معبر محض أى كناقل عبارة ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى ، فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق » وانظر الدر المختار وابن عابدين عليه ، حـ ٢ : ٣٣٧ .

=

٥٣٠ — هذا ، وقد نظر القانون المدنى نظرة طيبة لتصرفات الفضولى ، إذ فرض فيه حسن النية وأنه بما يقوم به من تصرفات للغير يقصد الخير لهم ، ولهذا تقول المادة ١٩٠ منه : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى ». وليس هذا إلا ما يقوله الفقهاء الإسلاميون بأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

= وفى جامع الفصولين ، ح ١ : ٣٢٩ ، « أن الفضولى فى النكاح يملك النقض فعلا لا قولا ؛ فلو قال قبل الإجازة نقضته لا ينتقض ، ولو زوجه أختها قبل الإجازة كان نقضاً للنكاح الأول . وعن الشيخان أن الثانى يتوقف ، ولا يكون فسخاً للأول » .

سبب العقد •

تمهيد :

٥٣١ — عُنِي رجال الفقه والقضاء فى الغرب بهذا البحث الدقيق العسِر ، منذ عصور طويلة ، وكان من هذه العناية ومما امتازوا به من الروح التحليلية والفلسفية ، أن تكونت عندهم نظرية لسبب العقد أو الالتزام . نجد ذلك لدى الرومان فى عصورهم المختلفة ، ولدى الفرنسيين وغيرهم فى الزمن القديم والحديث ، ثم لدى رجال القانون فى مصر متأثرين ومستلهمين رجال القانون فى الغرب (١) .

وليس يعنينا هنا تتبع هذه النظرية فى أصلها وتطورها حسب الزمان والمكان لدى فقهاء الغرب ، ولكن الذى يهمنا هنا هو محاولة بيان ما قد يكون من التفات فقهاء الإسلام لاعتبار سبب صحيح للعقد ، ليترتب عليه أثره شرعاً ، ومقدار عنايتهم بذلك .

تعريف السبب :

٥٣٢ — للفقهاء المسلمين منهجهم الخاص فى البحث ، وهو منهج عملى يقوم على الاستقراء والتحليل أكثر مما يقوم على التركيب بإدخال الجزئيات تحت نظرية عامة ، وقد لمسنا فيما سبق هذه الخاصة المنهجية لديهم .

• آثرنا أن نتكلم هنا عن هذا البحث والذى يتلوه ، وهو عيوب العقد ؛ لأن فقد السبب الصحيح فى عقد من العقود ، وكذلك وجود عيب فيه ، قد يؤدى إلى عدم صحة العقد أو عدم لزومه . أى ، إن وجود السبب وعدم العيب فى العقد ، يعتبر كل منهما إما شرط صحة وإما شروط لزوم حسب الأحوال .

(١) يرجع فى ذلك إلى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور صبحى محمصانى ، حـ٢ : ٨٣ وما بعدها؛ الوسيط للأستاذ السنهورى، ص ٤١٧ ومابعدها، ٤٢٤ وما بعدها ، ٤٣٥ ومابعدها ، ٤٧١ وما بعدها . وانظر ، فى نظرية السبب بصفة عامة ، الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزامات فى القانون المدنى المصرى، مطبعة مصر عام ١٩٤٥ م ، ص ١٦٦ وما بعدها .

على أنه إن فات هؤلاء الفقهاء بحث « السبب » باعتباره نظرية عامة فى الفقه ، لم يفتهم بحثه فى علم أصول الفقه ، وكانوا بحاجة لهذا البحث ما دام السبب الصحيح يعتبر شرطاً لابد منه فى العقد والالتزام ، إن لم نقل يعتبر من الأركان ، و بخاصة وهو يعم جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ، فكل منها لابد له من سبب شرعى يختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ونستطيع من أول الأمر أن نعرّف السبب ، فى باب العقود ، بأنه « الغرض المباشر المقصود فى العقد » ، وذلك أخذاً من كلام الأصوليين ومما يطلقون عليه كلمة : سبب أو غرض أو مقصد .

٥٣٣ — ذلك ، بأنه من أصول الشريعة الإسلامية : « أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض ، حسناً كان أو قبيحاً ، مطلوب الفعل أو الترك أو غير مطلوب شرعاً »[1] . ولذلك « قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حِلّه وحُرْمته . بل ، أبلغ من ذلك ، وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريماً ، فيصير حلالا تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها »[2] .

ونتيجة هذا كله ، أن يكون لكل فعل أو تصرف أو عقد غرضٌ أو سببٌ يجب قصده ، و « أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشْرع » كما يقول القرافى ، أو كما يقول فى موضع آخر ، « كل تصرف كان ، من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات ، وهو لا يحصل مقصوده ، فإنه لا يُشْرع ويبطل إن وقع » الخ[3] .

---

(١) الموافقات للشاطبى ، حـ ٢ : ٢٢٧ .

(٢) إعلام الموقعين ، حـ ٣ : ٩٦ .

(٣) كتاب الفروق ، حـ ٣ ص ١٧١ ، ٢٥٤ .

معانى السبب

٥٣٤ — على أن السبب يطلق بإطلاقات عديدة مختلفة فيما بينها فلا يصح خلط بعضها ببعض ، إذ لكل منها معنى خاص ربما لا يكون هو المراد هنا ، وهذه الإطلاقات أو المعاني هي[1] :

ا) ما يحل به أو يحرم المال وغيره من موضوعات العقود ، من البيع والإجارة والزواج وغير ذلك من العقود ؛ فالعقود على ذلك تعتبر أسباباً ظاهرة لحل موضوعاتها أو حرمتها .

ب) الفعل المباشر الذى يؤدى إلى نتيجة مّا ، كالرمى بالسهم أو الرصاص ، فإنه يعتبر سبباً لما ينتج عنه من القتل ، و إن كان هذا قد حدث بالإصابة فعلا لا بمجرد الرمى الذى قد يخطىء هدفه ، فهو على التحقيق سبب لعلة القتل ومنه حفر البئر الذى يعتبر سبباً لموت من يتردى فيه ، و إن كان السبب الحقيقى هنا هو التردى فى البئر لا حفره ، ولكن لما حدث الهلاك عنده سمى سبباً .

حـ) ما يحسن إضافة الحكم إليه ، مثل ملك النصاب يعتبر سبباً للزكاة دون حولان الحول عليه ، و إن كان هذا شرطاً لابد منه لوجوب الزكاة ؛ فهنا ملك النصاب هو السبب لوجوب الزكاة ، ومرور العام على هذا الملك شرط ضرورى لوجوبها .

٥٣٥ — و بعد الغزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ ، نجد غيره من الأصوليين قد تكلموا فى السبب وما يطلق عليه فى اللغة ، ثم ما يراد به فى أصول الفقه ؛ وفى منزلته من الحكم الشرعى . ومن هؤلاء سيف الدين الآمدى المتوفى عام ٦٣١ هـ إذ يقول : « والسبب فى اللغة عبارة عما يمكن التوصل به إلى مقصود مّا ، ومنه سمى الحبل سبباً والطريق سبباً لإمكان التوصل بها إلى المقصود ، و إطلاقه فى اصطلاح المتشرعين

---

(١) راجع فى ذلك ، المستصفى للغزالى ، حـ ١ : ٩٣ — ٩٤ .

على بعض مسمياته فى اللغة وهو : كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعى على كونه مُعَرِّفاً لحكم شرعى »[1] .

ومن هؤلاء الأصوليين أيضاً ، أبو إسحاق الشاطبى المتوفى عام ٧٩٠ هـ ، إذ يذكر أن المراد بالسبب ما وضع شرعاً لحكم ، لحكمة يقتضيها ذلك الحكم ؛ كما كان حصول النصاب سبباً فى وجوب الزكاة ، والزوال [أى وقت الظهر] سببا فى وجوب الصلاة ، والسرقة سببا فى وجوب القطع ، والعقود أسبابا فى إباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك ، وما أشبه ذلك[2] .

واضح مما تقدم ، أنه لا يراد بالسبب ، الذى نحن الآن بصدد بحثه فى العقد ، شىء من هذه المعانى التى يطلق السبب عليها بصفة عامة فى اللغة وأصول الفقه . وإنما المراد هنا ما سبق أن ذكرناه من أنه الغاية أو الغرض المباشر المقصود فى العقد أى الذى دفع المتعاقدين إلى عقده ، وهـذا المعنى واضح من الشَّذَرات التى نقلناها عن الفقهاء أول الأمر عندما أردنا تعريفه . ونعتقد أنه من الواضح أيضاً أن « نظرية السبب » ، التى يمكن — بشىء غير قليل من الجهد — استخلاصها من الفقه الإسلامى ، تقوم على وجوب تعرُّف إرادتى طرفى العقد والغرض أو المقصد الذى يهدفان إليه بالعقد .

التصرف المجرد .

٥٣٦ — إذا كان لابد فى العقد أو التصرف الشرعى من سبب كما رأينا ، وهو القصد أو الغرض منه ، فهل يعتبر الالتزام بلا سبب يوجبه التزاماً مجرداً عن السبب مطلقاً فلا يجب الوفاء به ؟ ومن مُثُل ذلك الوعد بشىء لفلان من الناس ، سواء أكان ذلك الشىء عملا من الأعمال ، أم تبرعاً بمبلغ من المال ، مثلا .

قد يستطاع برغم المتعارَف بأن هذا وعد مجرد عن السبب ، القول بأنه وعد أو تصرف يستند إلى سبب شرعى[3] ؛ وإذاً يجب الوفاء به فى رأى بعض الفقهاء ،

---

(١) الإحكام ، حـ ١ : ١٨١ (٢) الموافقات ، حـ ١ : ١٨٥

(٣) السبب هنا ، هو نية التبرع من الواعد رغبة فى الثواب بمساعدة من بذل له الوعد .

خلافاً للآخرين الذين هم الكثرة الكاثرة ، ولعل الأولين نظروا إلى قوله تعالى[١] : « يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ، كَبُرَ مَقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون » ، ثم إلى قول الرسول : « آية المنافق ثلاث : إذا حدَّث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا ائتُمِنَ خان » ؛ وقوله : « وَأْيُ المؤمن حق واجب »[٢] .

٥٣٧ — وقد عرض ابن حزم لمسألة الوعد ، وأنه مُلزِم أوغير ملزم ، فذكر أن من وعد غيره بشيء من المال أو بإعانته فى عمل ، لا يلزمه الوفاء بما وعد ، وإن كان الأفضل أن يفى به ، وسواء أدْخله بذلك فى نفقة أم لم يُدْخله ، كمن قال : تزوجْ فلانة وأنا أعينك فى صداقها بكذا ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وداود بن على شيخ أهل الظاهر . وقال مالك لا يلزمه شيء من ذلك ، إلا أن يُدْخله بوعده ذلك فى كلفة فيلزمه ويقضى عليه . وقال ابن شُبْرُمة ، من أصحاب المذاهب الفقهية المندثرة ، الوعد كله لازم ، ويُقضى به على الواعد ويجبر[٣] .

وبعد أن ناقش مذهب مالك ، وبين أنه — فى رأيه — لا بُرهان يَعْضُده ، من قرآن أو سنة ولا قول صاحب ولا قياس ، ردّ أيضا على مذهب ابن شبرمة ومن قال بقوله فى أن الوعد ملزم لصاحبه وإن لم يترتب عليه كلفة أو ضرر بالموعود له ، ثم انتهى من ذلك كله إلى أن قال : « فلا يكون فرضاً إنجاز الوعد والعهد إلا على من وعد بواجب عليه ، كإنصاف دين أو أداء حق فقط »[٤] .

٥٣٨ — وبعد ابن حزم ، نرى الإمام القرافى[٥] يعرض لذلك ، وهو بصدد الفرق بين الكذب والوعد وما يجب الوفاء به وما لا يجب ، فيذكر شيئاً عن اختلاف الفقهاء فى المسألة وعن تعارض الأدلة التى توجب الوفاء بالوعد مع التى لا توجبه ، ثم يقول[٦] : وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة ، التى يقتضى بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به ، أنه إن أدخله فى سبب ما يلزم بوعده لزم ، كما قال مالك وابن القاسم

(١) سورة الصف م ٦١ : ٢ ، ٣ . (٢) الوأى ، هو الوعد وزناً ومعنى . وهذا الحديث رواه أبو داود، المحلى لابن حزم ، حـ ٨ : ٢٩ . (٣،٤) المحلى ، حـ ٨ : ٢٨ ، ٢٩ (٥) توفى ابن حزم عام ٤٠٦ هـ والقرافى عام ٧٢٣ هـ . (٦) الفروق ، حـ ٤ : ٢٧ .

وسَحْنون ، أو وعده مقروناً بذكر السبب كما قاله أَصْبَغ[1] ، لتأكد العزم على الدفع حينئذ ، ويُحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك » .

٥٣٩ — ومن الواضح صحة ما ذهب إليه الإمام مالك ومن قال بقوله ، من أن الوعد يلزم صاحبه ديانة وقضاء متى كان له سببه وأدخل الموعود له فى كلفة بناء عليه ، وذلك دفعاً للضرر عنه ، لأنه ما كان يدخل فيما دخل فيه لولا هذا الوعد . ولهذا ، جاء فى المادة ٨٤ من المجلة العدلية : « المواعيد بصُوَر التعاليق تكون لازمة ؛ مثلا لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء لفلان ، وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك ، فلم يُعْطِ المشترى الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق » . وذلك بلا ريب أمر يتفق مع القواعد الفقهية ، لأنه من باب الكفالة اللازمة . أما إذا كان الأمر مجرد وعد بلا تعليق أو سبب ، فالوفاء به غير لازم شرعاً ، وإن كان لازماً فى شِرْعة الأخلاق .

شروط السبب :

٥٤٠ — وإذا كان السبب لا بد منه فى العقد كما رأينا ، حتى إنه يكون شرط صحة أو لزوم له ، فإنه لا بد من أن يتوافر فى السبب شروط معينة حتى يكون له هذا الخطر فى العقد ، وهى :

ا) ألا يكون واجباً على المتعاقد بدون العقد .

ب) أن يستمر قائماً حتى يتم التنفيذ .

حـ) أن يكون مشروعاً .

٥٤١ — فالشرط الأول يقتضى وجود السبب حقيقة حين التعاقد ، فلو كان موجوداً أو واجباً على المتعاقد بدون العقد ، والتعبيران بمعنى واحد ، كان العقد

---

(١) مثل اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنى به ، اخرج إلى الحج وأنا أسلفك ، اشتر هذه السلعة أو تزوج هذه المرأة وأنا أسلفك . وبخلاف ذلك كله ، ما إذا وعدت بهبة أو قرض مثلا ، دون ذكر السبب أو إدخال الموعود فى كلفة ، فلا يلزم .

حينئذ لا سبب له فلا يكون صحيحاً . فلو استأجر إنسان خادمه الخاص للقيام بعمل معين يدخل فى نطاق عمله باعتباره خادماً خاصاً ، كانت الإجارة باطلة لعدم قيامها على سبب ، ما دام العمل المستأجر عليه واجباً بدون عقد الإجارة على المتعاقد الآخر .

ومن تطبيقات هذا الشرط أيضاً ، أنه لا يجوز استئجار الأم لارضاع طفلها أو الزوجة لعمل من أعمال البيت المعروفة ، فإن ذلك واجب عليها ديانة . نعم ! إن الإرضاع أو القيام بأعمال المنزل ليس مما تجبر عليه الأم والزوجة إذا رفضت القيام به فربما لا تستطيعه أو يكون فيه امتهان لها ، ولكنها إذا قامت بذلك فعلا تبين أنها قادرة عليه وأنه لا يؤذيها فى كرامتها ، بل يكون شرفاً لها ، وإذاً فليس لها أخذ أجرة عليه ، ويكون عقد الإجارة حينئذ عقداً غير صحيح[١] ؛ لعدم وجود سببه ، أو لأن هذا العمل واجب عليها ولو من باب الديانة .

٥٤٢ — وشرط استمرار السبب قائماً ، يقتضى فسخ العقد لو زال السبب ، لأنه يصبح بلا أساس . ومن مُثُل ذلك استئجار أرض للانتفاع بزراعتها فأصبحت غير قابلة للزراعة لانقطاع الماء عنها أو لأنها صارت مستنقعاً مثلاً ، أو دار لسكناها فانهدمت أو انهدم بعضها فصارت غير صالحة للسكنى ، أو استأجر مرضعة لولده فمات الولد أو استغنى عن الرضاعة . ففى كل ذلك ونحوه ، نجد سبب العقد أصبح غير قائم ، فتكون النتيجة انفساخ العقد وانتهاءه لزوال سببه[٢] .

ومن هذا الباب ما ذكره ابن رجب الحنبلى فى القاعدة الخمسين بعد المائة ، وهى اعتبار الأسباب فى عقود التمليكات ، وخرّج عليها مسائل عدة ؛ منها أن الزوجة إذا وهبت مهرها لزوجها ، كان لها الرجوع فى الهبة إذا طلقها ، لزوال سببها وهو طلب استدامة الزواج بينهما وقد زال ، كما نص عليه الإمام أحمد فى بعض ما رُوى عنه[٣] .

---

(١) راجع شرح الزيلعى ، حـ ٣ : ٦٢ — ٦٣ فى باب النفقة .

(٢) راجع فى هذه الأمثلة وغيرها ، البدائع حـ ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ ؛ مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية ، حـ ٥ : ٢٢٤ وما بعدها .

(٣) القواعد فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٢١ — ٣٢٢ .

٥٤٣ — وأخيراً ، اشتراط مشروعية السبب ، يقتضى أنه إن لم يكن كذلك لا يصح العقد ؛ وهذا معناه أن محل العقد قد يكون مباحاً شرحاً ، ولكن سبب العقد ليس بمشروع فلا يصح العقد حينئذ .

ويدخل فى هذا الباب كثير من العقود التى تكلمنا عنها سابقاً ، مثل بيع عصير العنب ممن يعلم البائع أنه سيتخذه خمراً ، وبيع السلاح لمن يقطع به الطريق أو لأهل الفتنة ، وبيع أدوات القمار ، وتأجير دار لمن يعدها للدعارة ، فكل هذه العقود غير صحيحة فى رأى جمع كثير من الفقهاء لعدم شرعية السبب الذى يقصده المشترى[1] . ومن ذلك القبيل أيضاً ، عدم جواز الهدية للأمير ممن لم تجر عادتهم الإهداء له قبل ولايته ، والهدية لمن يشفع له لدى السلطان أو غيره من رجال الدولة وعمالها[2] . فنى هذا وذاك ، لم يصح العقد لعدم شرعية سببه ، مع أن محل العقد مال حلال مملوك لصاحبه[3] .

عيوب العقد

٥٤٤ — العقد ، كما عرفنا ، هو اتفاق إرادتين على إنشاء تصرف من التصرفات التى تحتاج لإرادتين لإنشائه . وإرادة المرء إنشاء عقد من العقود ، تستلزم رغبته فيه وقصده له ورضاه به متى تم ووجد فعلا .

إلا أنه قد يعرض لإرادة المرء من الأمور ما يحدث خللاً فى هذه الإرادة ، وهذا الخلل يجعل العقد معيباً فلا يكون له أثره الشرعى المطلوب . هذه الأمور نستطيع أن نقول بأنها الإكراه ، الغلط ، التدليس ، الغبن والتغرير .

---

(١) وراجع أيضاً إلى المحلى لابن حزم ، حـ٩ : ٢٩ — ٣٠ ؛ الحطاب على خليل ، حـ ٤ : ٢٦٣ وما بعدها .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣٢٣

(٣) راجع الوسيط للأستاذ السنهورى ص ٤٨٠ — ٤٨٢ ، فى بيان أنه « لا يوجد للسبب فى القانون الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً » .

أ ـ الإكراه :

٥٤٥ — الإكراه في اللغة هو حمل المكره على أمر يفعله ، وفي عرف الفقهاء هو الدعاء إلى الفعل بالإيعاز والتهديد ، أو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به رضاه . وقد عرّفه صاحب المبسوط بأنه « اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره ، من غير أن تنعدم به الأهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب[1] » وهو نوعان :

(ا) الإكراه التام أو المُلْجِئ ، وهو الذى يجد المكرَه نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكرَه عليه ؛ وذلك ما يكون الوعيد فيه بالقتل أو ضياع بعض الأعضاء ، أو بالضرب الذى يخشى منه القتل أو ضياع العضو .

(ب) الإكراه الناقص أو غير الملجئ ؛ من حبس ، أوضرب ، أو إيقاع ظلم به فى عمله كإنزاله درجة فى وظيفته أو منع ترقيته ، إلى غير هذا كله من ضروب التهديد .

وتتحقق حالة الإكراه إذا كان المكرِه قادراً على فعل ما هدد به وأوعد عليه ، سواء أكان صاحب سلطان أم لا عند الصاحبين وقال أبو حنيفة لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان ، لأنه إن أراد مكروها بأحد لا يقدر أحد على منعه ، أما غيره فيقوم كثير من ذوى المروءة والفتُوّة دونه[2] .

٥٤٦ — وعناية الفقهاء ببيان أحكام تصرفات المكره وعقوده ، دليل على أن

---

(١) حـ ٢٤ ، ص ٣٨ . وراجع فى هذا ، وفى أنواع الإكراه وفى أنه يزيل الرضا والاختيار أو الرضا وحده ، المبسوط ص ٣٩ ومواضع أخرى بعدها ؛ البدائع ، حـ ٧ : ١٧٥ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ١٨١ وحاشية الشلبى عليه ؛ كشف الأسرار شرح المنار ، حـ ٢ : ٣٠٧ — ٣٠٨ ، مع حاشيته .

(٢) المبسوط للسرخسى ، حـ ٢٤ : ٤٢ . وهذا خلاف يرجع — كما يقولون — إلى اختلاف الزمان ؛ فقد كان الأمر كذلك فى عهد الإمام ، ثم تغيرت الحال فصار غير السلطان قادراً على تحقيق ما يريد من أذى بالغير . ونعتقد أن رأى الصاحبين أحق بالقبول ، بدليل ما نحس ونشاهد فى هذه الأيام . انظر البدائع ، حـ ٧ : ١٧٦ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ١٨٢ .

الإكراه لا يزيل أهلية من وقع عليه، سواء أكان تاماً ملجئاً أم ناقصاً غير ملجئ لمن نزل به أن يفعل ما أكره عليه. ولهذا نجد أفعال المكرَه توصف بأنها فرض، أو محظورة أو مباحة. كما أنه يأثم تارة ويؤجر أخرى، بفعله ما توعّد به أو عدم فعله.

وإذا كان الإكراه بنوعيه لا يزيل الأهلية، فهو — بنوعيه أيضاً — يزيل رضا من وقع به، لأن الرضا والإكراه يتنافيان طبعاً فلا يوجد أحدهما مع الآخر، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء، لكن الخلاف بينهم هو في أنه يزيل الاختيار أيضاً أو لا يزيله.

٥٤٧ — يرى الأحناف أن الإكراه الملجيء يزيل الاختيار كما يزيل الرضا، وإلا لما كان ملجئاً. أما غير الملجيء فلا يزيله، لأن المكرِه ترك الخيار للمكرَه بين أمرين وإن كان كلاهما مُرًّا: فعل ما أريد منه فعله، أو معاناة ما هُدِّد به.

ويرى الشافعي أن الاختيار والرضا متلازمان، فمتى زال هذا بالإكراه زال ذاك معه[1] والقول بأن من يعانى حالة الإكراه، هو مخير فعلا بين أمرين، كما يقول الأحناف، لا يجعل الشافعية يقولون بأن المكرَه يقصد إلى التصرف المطلوب منه مختاراً له وإلا لما سميناه مكرها.

٥٤٨ — وليس هذا الخلاف خلافاً نظرياً فقط يرجع إلى علم النفس، بل هو خلاف له ثمرته العملية. فالشافعية، حين رأوا أن الإكراه يذهب بالرضا والاختيار معا، ذهبوا إلى أن أى عقد لا ينعقد مع حالة إكراه العاقد عليه؛ لأن شأن العقد أو التصرف أن يقصد إليه العاقد مختاراً له، والمكرَه هنا لا يريد إلا دفع الأذى الذى هُدِّد به عن نفسه. ويستدلون لمذهبهم أيضاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «رُفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استُكرِهوا عليه». ومعنى هذا، أن كل تصرف أو عقد، سواء أكان من قبيل البيع أو الزواج، صدر من المكره لا قيمة له ولا يعتبره المشرع منعقداً.

---

(١) كشف الأسرار شرح المنار، ح ٢ : ٣٠٨

أما الأحناف بعد أن بينوا أن الرضا والاختيار ليسا متلازمين وأن المكره إكراها غير ملجيء يعتبر مختاراً إذا أقدم على ما أريد منه فعله من تصرف أو عقد وإن كان غير راض — فقد قالوا بأن هناك أيضاً فرقاً بين بعض التصرفات والعقود وبين بعضها الآخر .

فهناك تصرفات وعقود تعتبر على الفور متى صدرت أسباباً لترتب أحكامها عليها ، كالزواج والطلاق والعتق[1] . وهناك أخرى هى أسباب أيضاً لأحكامها إلا أن هذه الأحكام ربما لا تترتب فوراً عليها ، كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ فإن منها ما ينعقد منجزاً ، ومنها ما ينعقد غير منجز بل مضافاً لزمن مستقبل .

٥٤٩ — إذا كان الأمر هكذا ، فالنوع الأول من التصرفات لا يفسدها فقد عنصر الرضا فى المنشيء لها ما دام له اختياره ، إذ لا تنفصل أحكامها عن الصيغ التى تقع بها . لكن زوال الرضا يؤثر فى التصرفات والعقود الأخرى التى قد تتأخر أحكامها عن الصيغ التى بها توجد ، وإذا فلا تكون صحيحة مع إكراه عاقدها عليها عند الفقهاء جميعا .

وأيضاً ، فيما يتصل بالزواج ونحوه من التصرفات التى لا تحتمل الفسخ وتجوز مع الإكراه عند الأحناف خلافاً للشافعية ، يذكر الأحناف قول الرسول : « كل طلاق جائز ، إلا طلاق الصبي والمجنون » . ولأن الفائت بالإكراه ليس إلا الرضا ؛ فالمرء قد يقدم على الزواج بابنة عمه مثلا غير راض ولكن خضوعاً لتقاليد أسرته أو لأى داع آخر ، كما قد يطلق المرأة — التى يرضى عشرتها وهو بها سعيد — لرقة دينها أو لانحراف أخلاقها مع أنه غير راض بهذا الطلاق وإن كان مختاراً له . والمراد من هذا كله ، بيان أن الرضا ليس شرطاً فى صحة كل عقد وتصرف ، كما نرى فى حياتنا العملية الواقعة[2] .

---

(١) ألحق الفقهاء بهذه الثلاثة ، الرجعة واليمين لما جاء فى بعض روايات الحديث ؛ ويلحق بها أيضاً سائر التصرفات التى لا تقبل الفسخ مثلها ، كالظهار والإيلاء والعفو عن القصاص . البدائع ٧ : ١٨٢ ؛ ومختصر الطحاوى ص ٤٠٧ — ٤٠٩ .

(٢) وأما حديث : رفع عن أمتى الخ ، فقد قيل فيه إن المراد الإكراه على الكفر ، وقد كان =

ولكن مع هذا ، نرى أن الإكراه متى كان تاماً ملجئاً ، يجب أن يفسد ما كان من قبيل الزواج أيضاً حتى فى رأى الأحناف ، لأنه يزيل الرضا والاختيار معا بناء على أصلهم من التفرقة بين الرضا والاختيار ، ولم أر من الأحناف من تعرض لذلك[1].

ولا فرق بين الإكراه التام الملجىء والناقص غير الملجىء فى عقود البيع والشراء والإجارة وما إليها بسبيل[2] ، بل أى نوع منها يجعلها الإكراه غير صحيحة ؛ لأن الرضا شرط فيها ، والإكراه الناقص يذهب بالرضا كالإكراه التام[3] ، والله يقول فى هذا : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

٥٥٠ — وبعد اتفاق الفقهاء على عدم صحة هذا النوع من العقود التى يشترط فيها الرضا ، مادامت صادرة عن إكراه للطرفين أو لأحدهما ، نراهم اختلفوا فى حكمها بعد أن اعتبرت غير صحيحة .

ا) يرى الشافعية أنها تكون فاسدة أو باطلة ، فالتعبيران سواء لديهم كما عرفنا ، أى غير منعقدة ، وإذاً فهى لا تقبل الإجازة من المكرَه إذا زال عنه الإكراه .

ب) وفى رأى أبى حنيفة وصاحبيه أن العقد يكون فاسداً ، أى أنه إذا زال

= شائع الوقوع من صناديد قريش على ضعفة المسلمين (البدائع ، حـ ٧ : ١٨٢) ، وقد جاء عن ذلك فى القرآن : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم » . (النحل ك ١٦ : ١٠٦)

(١) وربما كان لنا أن نأخذ من عدم تفرقة الفقهاء حتى الأحناف بين الإكراه التام والإكراه الناقص فى البيع والشراء ونحوهما ، أنهم يفرقون فى باب الزواج ونحوه بين هذين النوعين من الإكراه . ويراجع من كتب الأحناف ، فى التفاصيل المتعلقة بالإكراه على الزواج والطلاق ، الزيلعى حـ ٥ : ١٨١ ، ١٨٧ — ١٨٨ ؛ البدائع ، حـ ٧ : ١٨٢ ، ١٨٤ — ١٨٥ .

(٢) وهنا يذكر الطحاوى فى مختصره ص ٤٠٩ ، أن الإكراه على الإجارة وعلى الكتابة ، وعلى سائر الأشياء التى قد تنتقض بعد وقوعها ، كالإكراه على البيع . وإنما يجوز على الإكراه ، كما يجوز على غير الإكراه ، الأربعة الأشياء التى ذكرنا ، وهى : الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة .

(٣) البدائع ، حـ ٧ : ١٨٩ ؛ الزيلعى ، حـ ٥ : ١٨٢ .

الإكراه وأصر على العقد من كان مكرها عليه راضياً به صار صحيحا[١] . وقد تقدم لنا ، فى بحث أحكام العقد وأقسامه ، أن المبيع بعقد فاسد يملكه المشترى متى قبضه .

حـ) ذهب زفر من الأحناف أن عقد المكره يعتبر موقوفاً على إجازته إن زال عنه الإكراه . ومعنى هذا أن المشترى — إذا كان الأمر عقد بيع — لا يملك مطلقاً المبيع ولو قبضه ، لأن العقد الموقوف لا قيمة له ولا يثبت حكم أو أثر له قبل الإجازة . ويقول لو كان فاسداً لما جاز ، لأن العقد الفاسد لا يجوز بالإجازة بل يجب فسخه[٢] .

هذا ، والإكراه على الهبة كالإكراه على البيع ، وكذلك الإكراه على تسليم الشفعة والإبراء من الحقوق ؛ لأن الهبة تمليك ، والإبراء فيه معنى التمليك أيضاً ولهذا لا يصح فى المجهول ولا يحتمل التعليق بالشرط ، وتسليم الشفعة فى معنى البيع[٣] .

إلا أن بين الإكراه فى البيع والإكراه على الهبة فرقاً . وهو أن شرط صحة الهبة قبض الشىء الموهوب ، فلو سلم الواهب طائعاً ما أكره على هبته لم يكن هذا إجازة . لكن البيع لا يشترط لصحته القبض ، فلو سلم البائع المكره على البيع المبيع للمشترى طائعاً ، كان ذلك منه إجازة للبيع فينقلب صحيحاً بعد أن كان فاسداً ، بل قد يعتبر التسليم بيعاً مبتدأ بالتعاطى[٤] .

٥٥١ — بقى بعد ذلك كله ، أن نذكر أن البائع إذا كان هو المكرَه على العقد دون المشترى ، كان له حق الفسخ والإجازة قبل قبض المشترى للمبيع و بعده ؛ على حين أن هذا الحق ليس للمشترى إلا قبل القبض ، لأنه لا حكم لهذا العقد قبله ، لا بعده لأنه لم يكن مكرهاً على الشراء فكان لازما فى حقه[٥] .

---

(١) حجتهم هنا أن الخلل لم ينل شيئاً من أركان العقد ، فالعقد صدر من أهله فى محله القابل له ، ولكن عرض له وصف نهى عنه بسببه ، وهو الإكراه ، فيقع فاسداً باطلا ، ومتى تم الرضا يصير صحيحاً .

(٢) راجع الزيلعى مثلا ، حـ ٥ : ١٨٢ — ١٨٣ ، فيما يختص بالخلاف بين زفر والإمام وصاحبيه وأدلة كل من الطرفين .

(٣) البدائع ، حـ ٧ : ١٨٩ .

(٤،٥) البدائع ، حـ ٧ : ١٨٦ — ١٨٧ .

ولكن ، لو كان المشترى هو المكرَه دون البائع ، كان لهذا الحقّ فى الفسخ قبل القبض فقط ، وللمشترى الفسخ قبل القبض و بعده للسبب الذى ذكرناه فى إكراه البائع ، كما أن له أن يجيز هذا العقد مثله فى ذلك مثل البائع إذا كان مكرها ، على ما يقول علاء الدين الكاسانى[1] .

حـ — الغلط :

٥٥٢ — لا نريد بالغلط إلا ما كان خاصاً بمحل العقد ، سواء جنسه ووصفه . أى لا نريد به — كما هو الأمر فى القانون م ١٢١/٢ ب — ما يشمل ذلك وما إذا كان موضع الغلط هو ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ولو كانت هى السبب الرئيسى للعقد . ذلك ، بأن أحكام الغلط فى هذه الناحية يتكلم عنها الفقهاء عند الكلام على العاقد باعتباره أصيلا ، أو فضولياً ، أو نائباً عن ، غيره يذكر أو لا يذكر فى العقد أنه نائب عن هذا الغير .

إذاً ، الغلط فى محل العقد قد يكون فى جنسه أو وصفه الأول ؛ كمن يشترى هذه الحلية الذهب ، فيتبين من بعد أنها من نحاس مُموَّه بالذهب ؛ والثانى كمن يشترى هذه الساعة على أنها من نوع خاص مشهور ، فيظهر له من بعد أنها من نوع آخر لم يكن ليرغب فيها ويقبل على شرائها لو علم أنها منه .

٥٥٣ — و إذا كان العقد مبناه الرغبة والتراضى من الجانبين ، وهذا التراضى يستلزم أن يكون محله على ما يريد المتعاقد ، كان من المنطق ألا يلزم المشترى — إذا كان الأمر أمر عقد بيع — شراء ما لم يكن ليقدم على شرائه لو علم حقيقة ما هو عليه من ناحية جنسه وصفته إلا أن الغلط إذا كان فى جنس محل العقد ، كان غلطاً جسيما لا يغتفر بحال ؛ و إن كان فى صفة من صفاته . كانت الخطورة أو الخسارة أقل ؛ ومن ثم ، عُنِيَ الفقهاء بإعطاء كل حالة حكماً يناسبها[2] .

(١) المصدر نفسه ، ص ١٨٨ .
(٢) انظر فى هذا ، مثلا ، الزيلعى حـ ٤ : ٥٢ — ٥٣ .

(ا) إذا اشترى رجل داراً على أنها مبنية بالأسمنت المسلح ، فظهر أنها مبنية بالطوب والحجارة ، كان ذلك غلطاً فى الجنس ، فيكون العقد باطلا من أساسه ، لأن محله الذى كان يريده المشترى لم يوجد فيكون عقداً على معدوم . ومثل ذلك بيع هذا الخاتم مثلا على أنه من ماس ، فيتبين أنه من زجاج ؛ أو هذا الثوب على أنه صوف ، فيظهر أنه قطن أو مخلوط .

(ب) وإذا باع هذا الحيوان على أنه ذكر ، فبان أنه أنثى ، كان العقد صحيحاً غير لازم ، بمعنى أن للمشترى فسخه لأنه لم يقدم عليه إلا على أنه ذكر ففاته الوصف المرغوب فيه .

وهذا فيما يقبل الفسخ من العقود كالبيع ونحوه ، أما فيما لا يقبل الفسخ كالزواج فإنه يقع لازماً[1] ، إلا عند ابن حنبل فيجيز الفسخ أيضاً لمن وقع الغلط عليه . كما إذا تزوجت هذا الخاطب على أنه أتم تعليمه العالى وليس به مايخل بالكرامة والخلق فبان لها بعد العقد على غير ما شرطت ؛ أو تزوج شاب فتاة على أنها بكر ، فظهر أنها ثيب ، أو على أنها متعلمة ، فبان أنها جاهلة .

٥٥٤ — وللأحناف قاعدة طيبة ترجع إليها الأحكام المختلفة فى الفروع العديدة وهى أنه فى مختلفِ الجنس يتعلق العقد بالمسمى إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه ، لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة . وإن كانا — المسمى والمشار إليه — جنساً واحداً ، ولكن اختلفا فى الصفات ، تعلق العقد بالمشار إليه لا بالمسمى لأنها أولى بالاعتبار . وإنما « كانت الإشارة أولى بالاعتبار فى متحدى الجنس ، لأن المسمى موجود

(١) بمعنى أن الغلط إذا كان فى جنس موضوع العقد كان حكمه عاماً للعقود كلها ، وإذا كان فى صفة من صفاته كان حكمه خاصاً بالعقود التى يشترط فيها الرضا فتقبل الفسخ كالبيع ونحوه . أما فى الزواج ونحوه فيكون العقد جائزاً لازماً وليس لمن وقع عليه الغلط حق فسخه إلا عند ابن حنبل على ما هو معروف . وفى الأشباه ، المجلد الثانى ص ٢٠١ ، أن عقد الزواج يصح « لو قال زوجتك هذه العربية فكانت أعجمية ، أو هذه العجوز فكانت شابة ، أو هذه البيضاء فكانت سوداء ، أو عكسه ، وكذا المخالفة فى جميع وجوه النسب والصفات » .

فى المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، فأمكن الجمع بينهما ؛ بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب ، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه . بخلاف مختلفى الجنس ؛ لأن المسمى فيه مثل للمشار إليه وليس بتابع له ، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر ، فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما . وهذا هو الأصل فى العقود كلها ؛ كالإجارة . والنكاح ، والصلح عن دم العمد ، والخلع ، والعتق على مال »[1] .

وجعل العقد باطلا إذا اختلف جنس موضوع العقد المسمى فيه عن المشار إليه الذى خُدِع به المشترى ، ما دمنا اعتبرنا التسمية عند اختلاف الجنس ، هو عند بعض الفقهاء من الأحناف ؛ لأن الذى وقع عليه العقد وسُمى فيه معدوم ، و بيع المعدوم لا يجوز إلا فى السلم . وقال آخرون منهم إنه فاسد ، وهو الرأى الذى اختاره الكرخى لأن البائع باع الشىء المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئا على أن يسلِّم غيره وذلك فاسد[2] .

٥٥٥ — بقى بعد ما تقدم كله ، أن نشير إلى نوع آخر من الخطأ لا يتصل بمحل العقد ، وهو الخطأ فى معرفة القانون إن صحت هذه التسمية . فلو أن رجلا اشترى شيئا منقولا ، فطالب آخر أخذه بالشفعة بأن كان شريكا فيه مثلا ، فظن المشترى أن الشفعة تكون فى المنقول كما تكون فى العقار ، فسلم إليه ما اشتراه بالشفعة ، ثم تبين أنه كان غالطا وأنه لا شفعة فى المنقول لم يكن له أن يسترد ما سلمه من غير رضا الآخر[3] .

٧ـ التدليس :

٥٥٦ — التدليس هو إخفاء عيب الشىء المعقود عليه ليظهر فى صورة غير صورته الحقيقية ، أو فعل البائع بالمبيع ما يزيد به ثمنه ، ومنه مسألة المُصَرَّاة المعروفة

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ : ٥٣ . (٢) نفسه تقريباً بحروفه ، ص ٥٣

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ١٥١ . ويقول الكاسانى صاحب البدائع فى تعليل هذا : « لأنه لما سلم إليه صار ذلك بيعاً بينهما » ، ونعتقد أن هذا تعليل غير سليم . إنه ما باع له ، ولم يقصد مطلقاً أن يبيع له ، ولكنه اعتقد غلطاً أنه شفيع فسلم له . ومن هذا ، يكون من الحق أن يكون للمشترى الحق فى استرداد ما سلمه عند من لا يرى الشفعة فى المنقول .

والتي جاء بها الحديث . وهي أن يبيع شاة أو بقرة حلوبا مثلا ، فيترك حلبها مدة لينتفخ ضرعها وتتراءى للمشترى أنها غزيرة اللبن ، فإذا اشتراها تبين له فيما بعد أنها لم تكن كما ظن .

وللتدليس صور لا تكاد تحصر ، ونصادفها في كثير من البيوعات في الأسواق بخاصة ، وهو حرام على أية صورة كان . ومن هذه الصور تعمد البائع طلاء الأثاث والموبليات لتظهر أنها من خشب ثمين غير ما هي عليه في الواقع ، وجعل القماش بصورة تظهره أنه من الصوف أو الحرير في حين أنه من القطن ، وهكذا .

وللمدلس عليه الخيار بين أمرين : إمساك المبيع ، دون طلب تعويض ما أصابه من غبن ، أو رده ، إلا إذا كان التدليس في صورة كتمان العيب على المشترى[1] . والأصل في هذا ، قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تُصَرُّوا الإبل والغنم[2] ، فمن ابتاعها فهو بخير النظَرَيْن بعد أن يحلبها ؛ إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعا من تمر »[3] . وأُلحق بالتَّصْرِية الأنواع الأخرى من التدليس .

٥٥٧ — والقول بأن للمدلس عليه فسخ البيع ، هو رأى الحنابلة والشافعية والمالكية متمسكين بالحديث كما رأينا ، ولأن من المتفق عليه حق المشترى في الفسخ بخيار العيب ، وليس التدليس إلا من هذا الضرب .

وفي المراجع المعتبرة لمذهب الأحناف أن التدليس لا يجعل للمشترى الحق في فسخ عقد البيع ، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذى أصاب ما اشترى ، وذلك على القول المعتمد ، كما جاء في الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه وغيرهما[4] . أما الحديث

---

(١) انظر كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٦ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٣٦ - ١٣٧ .

(٢) التصرية حبس اللبن في ثدى الناقة ونحوها مدة يومين أو ثلاثة ، لتظهر للمشترى أنها غزيرة اللبن .

(٣) روى هذا الحديث ، وهو متفق عليه ، بروايات تزيد وتنقص . انظر كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٦ ؛ ابن عابدين ، حـ ٤ : ١٠١ ؛ اللؤلؤ والمرجان ، حـ ٣ : ١٠٢ - ١٠٣ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٣٦ .

(٤) حاشية ابن عابدين حـ ٤ : ١٠١ .

فلم يأخذوا به لمخالفته للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة ، والتمر ليس منهما .

يريدون أن يقولوا بأن الأخذ بهذا الحديث ، وأمره هكذا ، يعتبر مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين ، ما دام مخالفا للقياس الثابت بذلك ، وإذاً لا يُعمل به . وحينئذ ، يرد قيمة اللبن عند أبي يوسف [ومعنى هذا أن له أن يرد المبيع بفسخ العقد] ، ويرجع على البائع بالنقصان عند أبي حنيفة[١]

٥٥٨ — وقال ابن عابدين بعد ذلك : « وفي شرح التحرير وقد اختلف العلماء في حكمها [أي الشاة المُصَرّاة ونحوها] ، فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة وأبو يوسف على ما في شرح الطحاوي للإسبيجابي ، نقلا عن أصحاب الأمالي عنه ، والمذكور عنه للخطابي وابن قديمة أنه يردها مع قيمة اللبن ، ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به ، لأنه خبر مخالف للأصول ، اهـ . والحاصل كما في الحقائق ، أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا ، وعند الشافعي وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائما أو مع صاع من تمر لو هالكا . وهل يرجع بالنقصان عندنا ؟ فعلى رواية الأسرار لا ، وعلى رواية الطحاوي نعم . قال في شرح المجمع : وهو المختار ، لأن البائع بفعل التصرية غرّ المشتري ، فصار كما إذا غرّه بقوله إنها لَبون »[٢] .

٤ ـ الغبن والتغرير :

٥٥٩ — الغبن هو النقصان أو الخداع ، ففي مختار الصحاح : غبنه في البيع خدعه ، وبابه ضرب ، وقد غُبن فهو مغبون ، من باب طرب ، إذا نقصه ، فهو

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ ٤ : ١٠١ عن شرح المنار .

(٢) حاشية ابن عابدين ، جـ ٤ : ١٠١ . وقد اختار المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم أن للمدلس عليه فسخ العقد بسبب ما يجده من العيب في المبيع وغيره (المعاملات الشرعية المالية ص ٩٣) . إلا أنه لم يبين خلاف أبي حنيفة ومحمد في ذلك ، كما لم يبين ماذا على المدلس عليه لو اختار إمساك المبيع ، وماذا عليه للبائع إن اختار رده له .

غبين أى ضعيف الرأى . والتغرير الخداع ، وغرّه يغُرّه بالضم غروراً ، خدعه . ومن وقع عليه الغرور ، هو مغرور وغرير ، أى مخدوع . والغِرار بالكسر ، نقصان ولد الناقة .

إذاً ، من ناحية اللغة ، نجد فى الغبن والتغرير معنى الخداع والنقصان ، فهما لذلك من عيوب العقد أو الرضا والاختيار فى العقود إلا أن الفقهاء يختلفون فى اعتبار كل منهما سبباً كافياً وحده لفسخ العقد إن أراد من وقع عليه الغبن أو التغرير ، أو لابد من اجتماعهما معاً ليكون له هذا الحق ، وهذا الاختلاف اختلاف كبير كما ترويه كتب الفقه ، وإن كان الأمر فى رأينا لا يستحقه .

٥٦٠ — على أن الذين يرون أن الغبن وحده يعتبر سبباً كافياً لفسخ العقد ، اختلفوا فيما بينهم فى تحديد مقدار الغبن الذى يعطى هذا الحق لمن وقع عليه . ذلك بأن الغبن قد يكون يسيراً ، وقد يكون فاحشاً ، وفى بيان كل منهما أقوال .

وربما كان أحق الأقوال بالقبول ، هو أن الغبن اليسير ما يتناوله تقدير الخبراء بموضوع العقد ، والفاحش ما شذ عن هذا التقدير . فإذا اشترى الواحد منا شيئاً بمائة جنيه مثلا ، وكان بعض العارفين يقدره مثلا بتسعين أو خمسة وتسعين مثلا ، وبعضهم يقدره بالمائة ، كان الغبن يسيراً . وإن لم يقدره أحد مطلقاً بمائة كان الغبن فاحشاً بالنسبة للمشترى ، وإن قدره البعض بأكثر منها قليلا أو كثيراً ، ولم يقدره أحد بمائة كان الغبن فاحشا على البائع .

٥٦١ — ومن الآراء ، ما يقدر الغبن اليسير بما لا يزيد عن ١٠ ٪ من قيمة موضوع العقد ، والفاحش بما زاد عن هذه النسبة . ورأى آخر ، لا يشترط هذه النسبة ، وما إليها ، فى كل شىء ، بل يذهب إلى أن تقدير الغبن اليسير والفاحش يختلف باختلاف الأشياء .

وفى هذا ، يقول علاء الدين الكاسانى : « والفاصل بين القليل والكثير ، أن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقوّمين [تقدير الخبراء] فهى قليلة ، وما لا تدخل

تحت تقويمهم فهى كثيرة ، لأن ما يدخل تحت تقويم المقوّمين لا يتحقق كونه زيادة ، ومالا يدخل كانت زيادته متحققة . وقدّر محمد الزيادة القليلة التى يتغابن فى مثلها — فى الجامع — بنصف العشر ، فقال : إن كانت نصف العُشر أو أقل فهى مما يتغابن فى مثلها ، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهى مما لا يتغابن فى مثلها . وقال الجصاص : ماذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير فى الأشياء كلها ، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ؛ منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ، ومنها مالا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه . وقدّر نصر بن يحيى القليل فى العروض بما لا يزيد عن نصف العشر ، وفى الحيوان بما لا يزيد عن العُشر . وفى العقار بما لا يزيد عن الخمس » [1] .

٥٦٢ — نرجع بعد ذلك ، لما أشرنا إليه من قبل ، نعنى اعتبار كل من الغبن والتغرير سبباً يكفى وحده لفسخ العقد إنْ أراد من وقع عليه أو عدم اعتباره .

عند الحنابلة أن الغبن ، وقد يكون بتغرير أو بغير تغرير ، يُثبت لمن وقع عليه [2] حق فسخ العقد وهو يكون على صور مختلفة يثبتون الخيار فى ثلاث منهما [3] ، وهى :

ا) تَلَقِّى الرُّكبان الذين لا يعرفون الأسعار ، فيبيع منهم أو يشترى مِنْ من يتلقاهم ، ثم يتبينون بعد أنهم غبنوا غبناً يخرج عن العادة . ويروون فى هذا قول الرسول : لاتَلَقَّوْا الجلب ، فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار (مسلم) .

ب) النَّجْش ، وهو زيادة من لا يريد الشراء فى السلعة ترغيباً وخديعة لغيره ، على ألا يكون المشترى عارفاً بأن هذا يزيد ولا يريد الشراء ، وإلا فلا خيار له لتقصيره .

ج) ما سموه المُسْتَرسِل ، وهو الجاهل بالقيمة المطمئن للمتعاقد معه بحسن نية ولا يحسن الفصال ، ثم يتبين له أنه غبن غبناً غير متعارف [4] .

---

(١) البدائع ، حـ ٦ : ٣٠ . (٢) بائعاً أو مشترياً أو مؤجراً أو مستأجراً مثلا .

(٣) لا نرى معنى لتحديد الغبن ، صاحبه تغرير أم لا ، الذى يثبت فيه الخيار عندهم ، بهذه الصور الثلاث مادام القصد أنه يؤثر فى رضا من وقع عليه فله فسخ العقد .

(٤) ارجع فى هذه الصور كلها ، إلى كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٤ — ٥٥ ؛ الشرح الكبير ، حـ ٣ : ٧٦ وما بعدها .

هذا ، فى البيع والشراء والإجارة ونحوها ، أما فى الزواج مع حصول غبن أحد الزوجين بالزيادة أو النقص عن مهر المثل ، فلا يجيز هذا للمغبون فسخ العقد لأن المهر ليس ركناً فى الزواج إذ لا يعتبر من عقود المعاوضات المالية[1] . وكذلك ليس لأحد من الزوجين طلب ما غبن فيه ، على حين أن ذلك للمشترى ونحوه إن اختار عدم فسخ العقد .

٥٦٣ — ذلك عند الحنابلة ، والشافعية والمالكية مثلهم فى هذا بالقياس على مذهبهم فى التصرية ونحوها ، إذ فى كل من ذلك غبن وتدليس وتغرير .

أما عند الأحناف ، فالتغرير لا أثر له فى العقد إلا إذا اغتر به أحد طرفيه فوقع فى غبن فاحش أو غير متعارف بعبارة أخرى ؛ أى أن الذى يجعل للعاقد حق الفسخ هنا فى أصح الآراء هو الغبن الشاذ الذى أصيب به إذا كان نتيجة تغرير ، على ما يفهم من كلام أصحاب المراجع المعتبرة فى المذهب . ومن الخير أن نأتى هنا بكلمة جامعة فى الأقوال المختلفة فى جواز الفسخ للغبن فى حالات التغرير أو غيرها .

٥٦٤ — يذكر ابن نجيم المصرى الحنفى[2] أن البيع متى انعقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد أشياء ، وذكر منها خيار الغبن — وهو فى رأيه التغرير القولى — وخيار التغرير الفعلى . وهنا يقول الحموى : « قوله وخيار الغبن ، وهو يثبت فى صورة الوكيل والوصى ، وفى صورة تغرير البائع للمشترى بأن كان المشترى غبياً لا يعرف ، فقال البائع : اشتره بهذا الثمن فإنه يساويه ، فاشتراه مغتراً بقوله ، فله خيار الغبن » . وهذا كما نرى غبن نتيجة تغرير ، أو تدليس كما يعبر الشافعية والحنابلة على ما رأينا .

ثم يذكر الحموى أيضاً فى تعليقه على قول ابن نجيم ، بأن مما يجيز للعاقد فسخ العقد خيار التغرير الفعلى كالتصرية : « وقد ذكر المصنف فى شرح الكنز الخلاف

(١) كشاف ، جـ ٢ : ٥٦ .

(٢) أنظر فى هذا ، ومابعده ، الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليها ، المجلد الثانى ص ١٩٤ — ١٩٥ .

بالرد بالغبن الفاحش ، ثم قال فقد تحرر أن المذهب عدم الرد به ؛ ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به ، وبعضهم أفتى بالرد به إن غرّه الآخر ، وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقاً[١] ، وبعضهم اختار الرد به إذا لم يعلم به المشترى . وكما يكون المشترى مغبوناً مغروراً ، يكون البائع كذلك » .

٥٦٥ — وللإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين ما يشبه هذا الذى نقلناه عن ابن نجيم والحموى فى الأشباه والنظائر وحاشيته ، وإن كان يصرح بأن رأيه هو إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير حتى جعل ذلك عنوان رسالة له[٢] .

إنه يقول : « وأما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع به ففيها أقوال ثلاثة ؛ قيل تصح ويفسخ مطلقاً ؛ وقيل لا مطلقاً ، وقيل بالتفصيل ؛ إن غرّه نعم ، وإلا فلا ، وبه أفتى أكثر العلماء رفقاً بالناس ومشى عليه فى التنوير آخر باب المرابحة . وفى الزيلعى[٣] والصحيح أنه يفتى بالرد إن غرّه ، وإلا فلا ، وبه أفتى الخير الرملى قبيل البيع الفاسد[٤] » .

ثم يصرح ابن عابدين ، قبل هذا وبعده ، بأنه مع رأيه الذى اختاره لا يرى أن القول بالفسخ للغبن وحده بدون تغرير قول ضعيف ، بل قد أفتى كثير من العلماء به[٥] ، وإن كان يرى مع هذا أن الرد بالغبن الفاحش مع الغرور أجمع المتأخرون عليه[٦] .

٥٦٦ — من ذلك كله ، نرى أن فى المسألة أقوالا ثلاثة :

ا) للمغبون حق الفسخ ، وإن لم يكن الغبن نتيجة تغرير . لأن الغبن ظلم فيجب رفعه فى العقود التى تقبل الفسخ كالبيع ونحوه .

ب) ليس للمغبون حق فسخ العقد ، إلا إذا وجد سبب آخر ، وإذاً يكون

(١) أى صاحبه تغرير أم لا ، كان يعلم به المشترى أم لا ، كما يفهم من السياق .

(٢) رسائل ابن عابدين ، حـ ٢ : ٦٧ ، ٦٨ .

(٣) ذكر الزيلعى هذه المسألة فى باب التولية والمرابحة .

(٤) رسائل ابن عابدين . حـ ٢ : ٧٠

(٥) نفسه ص ٦٩ — ٧٢ فى مواضع مختلفة .

(٦) نفسه ، ص ٦٩ .

العقد لازماً ؛ لأن من الخير استقرار المعاملات ، وعلى كل عاقد أن يحتاط ويكون بصيراً[١] .

حـ) له حق الفسخ إذا كان ما وقع عليه من غبن هو بسبب تغرير المتعاقد معه ، وربما كان هذا الرأى أصح الآراء وأشدها تحقيقاً للعدالة التى تتطلب قبل كل شىء عدم اعتبار أن يكون للتغرير والخداع أثر فى معاملات الناس ما دام أساسها هو التراضى .

٥٦٧ — وكل هذا فى الغبن الفاحش ؛ أما الغبن اليسير فلا يؤثر فى المعاملات، ولا يجعل لمن وقع عليه أى حق فى فسخ العقد أو طلب التعويض عنه ، وإلا لوقع الناس فى حرج شديد ، على أنه — كما قلنا من قبل — ليس من الممكن التحقق من هذا الغبن ما دام يدخل تحت تقدير الخبراء ويتساهل فيه الناس عادة .

ولا يستثنى الفقهاء من هذا الحكم إلا ما توجبه رعاية مصلحة طوائف من الناس ، ولذلك نراهم يقولون بأن الغبن ولو يسيراً لا يغتفر فيما يأتى :

ا) بيع المريض مرض الموت بعض ما يملك بغبن يسير إذا كان عليه دين مستغرق ، فبعد موته يكون للدائنين حق الفسخ أو أن يدفع المشترى الفرق .

ب) بيع المحجور عليه للدين المحيط بما يملك ، لا ينفذ إلا أن يجيز الدائن أو يدفع المشترى الفرق ، وإلا بطل البيع وصار إلى الفسخ والإلغاء .

---

(١) مع ذلك الرأى ، نذكر أن الفقهاء على اتفاق فى أن الغبن الفاحش — وإن لم يصحبه تغرير — يؤثر بالبطلان أو الفساد على الأقل فى العقود التى ترد فى أموال المحجور عليهم ، أو الأوقاف أو بيت المال . وذلك لما فيه من المصلحة للذين لا يتولون أمورهم بأنفسهم . فلا يستطيعون أن يحتاطوا حتى لا يقعوا فى الغبن ، وليس من المستطاع أن نطلب ذلك منهم . أنظر فى بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش وأنه باطل أو فاسد ، ومثل هذا التصرف فى مال الوقف ومال بيت المال ، رسائل ابن عابدين ، حـ ٢ : ٧٤ عن الدر المختار .

مدى الحرية فى العقود والشروط

٥٦٨ — يقول الله تعالى فى الآية الأولى من سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ويقول فى آية أخرى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم[1] » ، ونعلم أن لإرادة الإنسان التأثير الأول فيما يعقده من عقود ويشرطه من شروط فيها ، ونعلم كذلك أن العرب فى الجاهلية عرفوا أنواعاً كثيرة من العقود المالية وغيرها ، ولا يزال الناس يعرفون أنواعاً أخرى كثيرة منها يخطئها الإحصاء ، نظراً للحاجة التى تتجدد بتجدد الزمن . فهل ، مع ذلك كله ، للمرء أن يعقد كل مايشاء من أنواع الالتزامات والعقود ، ويشترط ما يرى من الشروط ، بمعنى أن يعتبر كل ما يكون من ذلك صحيحاً شرعاً مادام قد أراده والتزمه من نفسه ؟

٥٦٩ — أما من ناحية القانون المدنى الوضعى ، فالأمر واضح ، إذ لم يراع إلا الإرادة الحرة ، فكل عقد أو شرط صحيح متى توفر فيه هذا الركن ، نعنى الإرادة ، دون أى شىء آخر ، ولهذا نرى الأستاذ السنهورى يقول ما يأتى حرفياً :

« قد لخص « ديموج Demogue نتائج نظرية سلطان الإرادة فى ست : أولا ، التعاقد ونوعه حر فى حدود النظام العام ؛ ثانياً ، أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان؛ ثالثاً ، العبرة بالإرادة الباطنة ، لا بالإرادة الظاهرة ؛ رابعاً ، يفسر القاضى العقد طبقاً لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية ؛ خامساً ، لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية ؛ سادساً ، لاينقضى الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين[2] » .

ومعنى هذا ، أن السلطان الأول والأخير ، فى إنشاء العقد وآثاره التى تترتب عليه ، هو لإرادة المتعاقدين ، دون نظر إلى ما قد يكون من عدم تعادل فى الغنم

---

(١) سورة النساء م ٤ : ٢٩

(٢) نظرية العقد ، ص ١٠١ بالهامش رقم ٣ ، وانظر فى تطور هذا المبدأ الوسيط ص ٧٧ وما بعدها .

والغرم بينهما ، أي دون نظر إلى ما قد يكون من غبن فاحش على أحدهما .

٥٧٠ — لكن الفقه الإسلامي ينظر للأمر نظرة أخرى . إن إرادة المتعاقدين هي التي تنشىء العقد حقاً ، لكن الشريعة تتدخل في ترتيب ما لكل عقد من حكم وآثار ، ولهذا يقول الفقهاء بأن العقود أسباب « جَعْلِيَّة شرعية » لأحكامها وآثارها ومقتضياتها .

إنهم يريدون أن يقولوا بأن الرابطة بين العقد وحكمه أو آثاره ، باعتبار أحدهما سبباً والآخر مسبباً ، ليست رابطة طبيعية عقلية . بمعنى أنه إن وجد السبب ترتب عليه وجود المُسَبَّب حتما ، لا لشيء سوى أن السبب قد وُجد ، بل هي رابطة جعلها الشارع بينهما ، ثم اعتدنا وجودها دائماً حتى اعتقدنا أنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء .

٥٧١ — فالنار ، بناء على هذا الفهم ، لا تحرق بطبيعتها ؛ بل لأن الله جعلها سبباً للإحراق ؛ والبذرة من الحب متى وضعت في الأرض الصالحة للإنبات لا يكون منها نبتة وشجرة بطبيعتها ، بل لأن الله أراد أن تكون لهذا سبباً ، وعقد البيع أو الزواج مثلا لا يترتب على كل منهما حكمه وآثاره ترتيباً عقلياً طبيعياً ، بل لأن الشارع أراد أن يترتب على كل منهما حكمه وآثاره .

وهذا معناه ، أن الله ، باعتباره الشارع والسبب الأول والوحيد ، لو أراد العكس لما وُجد المسبب عن السبب وإن أردنا ذلك نحن ؛ وإذاً ، فترتب أحكام العقد ، وما يكون من التزامات خاصة به عليه ، يكون لأن المتعاقدين أرادا ذلك ولأن الشارع رتبها عليه بأن جعل العقد سبباً لها[1] .

---

(١) الفلاسفة يخالفون نظريا الفقهاء ، ومنهم الغزالي ، في مسألة السببية كما هو معروف لمن شدا شيئاً من الفلسفة ، وإن كانت ترتب المسببات عن أسبابها واقعاً فعلا ؛ لطبيعة الأسباب عند الفلاسفة ، ولأن الله أراد ذلك عند الفقهاء ، وإن كان الأولون يرون أن الله هو السبب الأول وهو الذي جعل للأسباب دائماً هذا الأثر فلا تتخلف المسببات مطلقاً عن أسبابها ، وإن كانت قد تتخلف عند الفقهاء .

٥٧٢ — ومسألة ترتب آثار العقود وأحكامها عليها ، على اعتبار أن العقود أسباب جعلية من الشارع ، مسألة يكاد يجمع عليها الفقهاء ، ولهذا تكون إرادة الإنسان مقصورة على إنشاء العقد فقط ، أما آثاره فمن عمل الشارع ، حتى لا يبغى بعض الناس على بعض بما يشترطون ، وحتى يكون لكل تصرف حكمه من المشرع الحكيم .

فى هذا ، نجد فى كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى[1] أن العلل الشرعية[2] غير موجبة بأنفسها ؛ فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام ، بخلاف العلل العقلية فإنها موجبة بأنفسها وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الإيجاب وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل . ولكن إيجابه لما كان غَيْبا عن العباد ، وهم عاجزون عن دَرْكها ، شرع العلل التى يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام فى حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً . فصارت العلل موجبة فى الظاهر بجعل الله تعالى إياها كذلك ، أى موجبة لا بأنفسها[3] » .

٥٧٣ — والإمام الغزالى (المتوفى عام ٥٠٥ هـ) ومخالفته للفلاسفة المسلمين فى مسألة السببية جد مشهورة ، يقرر[4] أن الله هو الذى أضاف الأحكام إلى أسبابها ، لأن الأسباب لا توجب الحكم لذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، فالسبب هو ما يحصل الحكم عنده لا به . وهذا التصور للسبب والمسبب عند الغزالى ، يعم العبادات والمعاملات ؛ فلحِلِّ الأموال والأبضاع وحرمتها أيضا ، أى كما فى العبادات ، أسبابها الظاهرة ، من نكاح وبيع وطلاق وغيره .

---

(١) ص ، ١٢٩١

(٢) العلة هنا تشمل العلل التى تواضع الناس عليها ، كالعقود ، ومن ثم نجد المؤلف نفسه يقول قبل هذا عند تحديد العلة : « ويدخل فى هذا الحد العلل الوضعية التى جعلها الشرع عللا ، كالبيع للملك ، والنكاح للحل » .

(٣) وانظر المرجع نفسه ، جـ ٢ : ٦٧٨ ، فى زيادة بيان السبب فى ذلك .

(٤) أنظر المستصفى من علم الأصول ، جـ ١ : ٩٣ — ٩٤ .

وبعد الغزالى ، نجد الإمام أبا اسحاق الشاطبى (المتوفى عام ٧٩٠ هـ) يذهب هذا المذهب ، إذ يذكر « أن الذى للمكلف تعاطى الأسباب ، وإنما المسببات من فعل الله تعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلف ، وهذا يتبين فى علم آخر ، والقرآن والسنة دالأن عليه[1] » .

والشاطبى يذكر فى هذا مُثلا تبين أن السبب قد يوجد من الإنسان بإرادته ، ثم لا يكون وجود المسبب عنه موقوفاً على إرادته وحدها ، بل قد يحدث شيء دون أن يحدث ما نسميه سببا له . وذلك لأن التلازم بينهما هو تلازم عادى ، لا طبيعى عقلى ضرورى فى نفسه .

٥٧٤ — وتقى الدين ابن تيمية (المتوفى عام ٧٢٨ هـ) يذهب هذا المذهب أيضا ، أى إن الله هو الذى جعل العقود أسباباً إلى أحكام قصدها منها وناطها بها ؛ « فشرع البيع سبباً لملك الأموال بطريق المعاوضة ، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً ، والنكاح سبباً لملك البضع ، والخُلع سبباً لحصول البينونة[2] » . ومعنى هذا ، أن العقود أسباب جعلية شرعية ، حسب تعبير الفقهاء والمتكلمين ، لا أسباب طبيعية تكفى بنفسها لإحداث أحكامها وآثارها .

ونراه فى موضع آخر[3] يصرح بهذه النتيجة فيقول : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع وملك البُضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا . لم نثبته ابتداء ، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة » .

٥٧٥ — على أننا مع هذا الذى ذكرناه ، من أن الفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية ، وأن الشارع لهذا هو الذى يرتب عليها أحكامها وآثارها ، فليس الشأن فى هذا لإرادة المتعاقدين وحدها — نقول بأن هذا المذهب قد يكون

---

(١) الموافقات فى أصول الأحكام ، حـ ١ : ١٣١ ، وانظر أيضاً ما يليها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ، حـ ٣ : ٢١٤ ، وفى مواضع أخرى .

(٣) حـ ٣ : ٣٣٥ من المرجع نفسه .

معقولا بالنسبة لعالم الطبيعة ؛ مثل النار والإحراق ، أو الشرب والريّ ، أو البذر والإنبات.

فقد تتدخل إرادة الله تعالى فتحول بين السبب و إحداث مسببه الذى يلازمه دائماً فيما نرى ونشاهد ؛ ويكون ذلك معجزة مثلا كما فى حادث النار التى كانت برداً وسلاماً على إبرهيم الخليل ، أو نقمة من الله كحبس النبات عن قرية ظالمة ، أو لمرض فى الشارب للماء يمنعه من أن ينال منه الريّ .

٥٧٦ — ولكن الأمر فى النواحى الأخرى ، كالعقود ، جد مختلف . إن العقد ، ومبناه على إرادة المتعاقدين ، يكون له حتما حكمه وآثاره ، من الالتزامات المختلفة باختلاف طبيعة كل عقد متى أراد ذلك المتعاقدان ؛ وهذا الحكم وهذه الآثار تكون محدودة بتحديد الشارع أو المتعاقدين أنفسهما ، فلا معنى للقول بعدم ترتبها على العقد متى تم قانونا أو شرعا .

غاية الأمر ، أنه قد يقال فى شريعة مثل الشريعة الإسلامية ، التى عنيت بتنظيم علاقات الناس وضروب معاملاتهم وتصرفاتهم طلباً للمصلحة ، بجانب عنايتها بالعقائد والعبادات ، بأنه يجب ألا يقدم أحد على عقد أو شرط فى عقد لا يتفق وأصول الإسلام العامة . وبخاصة ، والقرآن حين تكلم عن وجوب الوفاء بالعقود لم يستثن أنواعاً خاصة منها من وجوب إمضائها والوفاء بها ، ولم يشترط فى العقود المالية إلا أن تكون صادرة عن الرضا والاختيار .

٥٧٧ — ومهما يكن ، فالفقهاء ليسوا على اتفاق فيما يختص بحرية المتعاقدين فى إبرام العقود التى يرونها ، ولا فى اشتراط ما يشاءون من شروط . هناك الظاهرية والحنفية ، ثم الشافعية الذين يكادون لا يفترقون عن الأحناف من ناحية الأسس والأصول ، وإن كانوا أشد تضييقاً منهم فى ناحية التطبيقات ، ثم المالكية الذين وسعوا على الناس أكثر من الأحناف ، وأخيراً الحنابلة ، وبخاصة ابن تيمية منهم ، الذين جروا فى التوسيع والتيسير إلى آخر الشوط . ولهذا ، نكتفى ببيان مذهب أهل الظاهر ، ثم الأحناف ، وأخيراً الحنابلة .

هذه المسألة كثرت فيها الآراء والمذاهب ، ولهذا يحسن البدء ببيان مبدأين ذهب إلى كل منهما جماعة من الفقهاء ، وكان الآخرون وسطاً بينهما :

٥٧٨ — الأول ، هو أن الأصل فى العقود وأحكامها وما يتصل بها من شروط الحظر ، فلا يجوز من ذلك كله إلا ما ورد به الشرع وأجازه . ومعنى هذا أنه ليس لإرادة المتعاقدين أى سلطان فى إنشاء عقد أو اشتراط شرط لم يأذن به الشرع وقال به أصل من أصوله .

٥٧٩ — والثانى ، هو أن الأصل فى ذلك كله الحلّ والإباحة ، إلا ما جاء الشرع بتحريمه والمنع منه ، سواء فى ذلك العقود والشروط .

وإلى المبدأ الأول ذهب أهل الظاهر ، أتباع داود بن على أولا ، ثم ابن حزم الأندلسى ثانياً ، « فلم يصححوا لاعقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه[1] » ، أى أبطلوا العقد والشرط معاً .

٥٨٠ — وإذا كان هذا مذهب الظاهرية ، فإن كثيراً من أصول أبى حنيفة والشافعى وطائفة من أصحاب مالك وأحمد تنبنى على هـذا ، كما يقول تقىّ الدين ابن تيميّة[2] ؛ إذ يعلل بعضهم بطلان عقد من العقود بكونه لم يرد به أثر أو قياس ؛ كما يعلل آخرون فساد هذا الشرط أو ذاك مثـلا بأنه يخالف مقتضى العقد ، هذا المقتضى الذى عرفنا تحديده من الشريعة نفسها ، كما يصحح هؤلاء بعض الشروط لورود السُّنة أو الأثر بها ، وإن كانت مخالفة لمقتضى العقد والغرض منه ، كما سيأتى بيانه فى صحة اشتراط الخيار عند الأحناف .

على أنه مهما كان ابتناء بعض أصول الأئمة غـير الظاهرية على هذا الأصل ، فإنهم يوسعون فى العقود والشروط أكثر منهم بكثير حين قالوا بالقياس والآثار ، وبهذا لم يذهبوا إلى ما ذهب إليه أهل الظاهر من التضييق إلى حد لا يقبله العقل ، ولا تقوم عليه المعاملات والعلاقات بين الناس ، هذه المعاملات التى يحدث الكثير الجديد منها باختلاف الزمان والمكان .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣ : ٣٢٣ . (٢) نفسه ، ٣٢٣ — ٣٢٤ .

٥٨١ — لكن الذين ذهبوا إلى المنع من العقود والشروط إلا ما أذن به الشارع ، بأن ثبت بنص من الكتاب أو السُّنة ، أو بإجماع المسلمين . هؤلاء يقولون بأن الشريعة الصالحة لأن تقوم عليها أمة يجب أن تنظم شئون الأمة جميعاً ، حتى ما كان منها خاصا بالعقود ، وبهذا تقوم المعاملات — المالية وغيرها — بين الناس على أساس من العدل ينفى أن يُضَارّ بعض الناس ببعض ، إذا تركت لهم الحرية فى عقد ما يريدون من عقود واشتراط ما يشاءون من شروط .

وبخاصة ، وقد أمرنا بالوفاء بالعقود ، فإذا تعاقدنا على ما لم يرد فى الشريعة وأصولها ، ثم أوجبنا على أنفسنا الوفاء بما التزمناه ، نكون قد حرّمنا أو أحللنا على غير ما شرع الله ، وذلك مالا يصح القول به من مؤمن بشريعته حقاً .

٥٨٢ — ثم ، أهل الظاهر هم أهل نصوص لا قياس ، ولهذا نجدهم يستدلون أيضاً لمذهبهم بما روى عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . ولهذا نرى ابن حزم ، بعد أن رضى هذا الحديث يقول : « فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه ، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه ، أو بإباحة التزامه بعينه »[١] .

ويستدلون أيضاً بنص آخر ، هو حديث عن الرسول أيضاً جاء فى الصحيحين البخارى ومسلم . ولهذا الحديث قصة ، هى أن عائشة رضى الله عنها اشترت جارية تسمى بَرِيرة لتعتقها ، فشرط أهلها أن يكون لهم ولاؤها مع أن الولاء يكون شرعاً لمن أعتق ، فذكرت عائشة ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال خذيها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق[٢] ، ثم قام الرسول فى الناس وقال : « أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ! ما كان من شرط ليس فى كتاب

(١) الإحكام فى أصول الأحكام ، حـ ٥ : ٣٢ .
(٢) أى ليس عليك الوفاء بهذا الشرط ، لأنه باطل لمخالفته الشريعة .

الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق [١] وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » [٢] .

وقد جاء الحديث فى رواية البخارى هكذا : « عن عائشة رضى الله عنها أن بريرة جاءت تستعينها فى كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، قالت لها عائشة : ارجعى إلى أهلك ، فإن أحبُّوا أن أقضى عنك كتابتكِ ويكون ولاؤك لى فعلت . فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا ، وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا . قالت : فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعى فأعتقى ، فإنما الولاء لمن أعتق . . ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ! من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله عز وجل فليس له ، وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق [٣] » .

٥٨٣ — وإذا كان مجرد شرط من الشروط ، فى عقد من العقود ، يكون باطلا ، لأنه لم يرد نص به ، أو لم يثبت بإجماع من المسلمين ، فبالأولى يكون العقد الذى هذه صفته باطلا ، فلا يجب الوفاء به ونلاحظ هنا أن عقد البيع والشراء صح ، لأنه ورد بجوازه نص القرآن ، أما الذى بطل فهو شرط الولاء لغير المعتق لما ذكرنا .

على أن المخالفين لأصحاب هذا المذهب يقولون بأن الشرط الذى ليس فى كتاب الله أو سنة رسوله ، هو الشرط الذى يخالف هذا أو ذاك . ثم يقولون أيضاً بأن الشرط الذى دل القياس أو الاجماع على صحته ، وإن لم يرد نصاً فى الكتاب أو السنة ، يكون قد دُل عليه من طريق غير مباشر بأحدهما لأن القياس أو الإجماع لا بد أن يكون لهما سند من الكتاب أو سنة الرسول .

---

(١) وفى رواية : كتاب الله أحق الخ (٢) فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣ : ٣٢٥ .

(٣) التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح للزبيدى ، جـ ١ : ١٤٧ من طبعة الحلبى بالقاهرة عام ١٣٣٠ هـ .

٥٨٤ — هذا جماع أدلة المضيّقين فى العقود والشروط إلى الحد الذى رأينا . أما خصومهم من جمهور الفقهاء ، وبخاصة الحنابلة وابن تيمية منهم بصفة أخص ، فإن مبدأهم الذى صدروا عنه هو أن الأصل فى العقود وما يتصل بها من شروط ، الإباحة ، فكل مالم يمنعه الشرع منها مباح استصحابا لذلك الأصل .

ولهم فيما ورد من القرآن فى هذا دليل حاسم ، نعنى الآيتين اللتين ذكرناهما أول البحث . فالآية الأولى لم تشترط لصحة العقد إلا أن يكون صدر عن العاقدين بالرضا والاختيار ، والثانية أوجبت الوفاء بكل عقد دون استثناء ، ولا يكون الوفاء بالعقد لازما إلا إذا كان صحيحا ، وذلك فضلا عن آيات وأحاديث أخرى تحض على وجوب القيام بما التزمه المرء من عقود وعهود . والنتيجة لهذا كله ، صحة ما كان من عقد أو شرط لم يحرّمه الشارع أو ينهى عنه ، وإن كان لم يرد به نص فى الكتاب والسنة . وإذا يكون تحريم شىء من العقود أو الشروط التى يتعامل الناس بها دفعا للحاجة وتحقيقا للمصلحة ، بغير دليل شرعى ، تحريما لما لم يحرمه الله[1] .

٥٨٥ — وكذلك ، فالفرق كبير بين العبادات والعادات ، فيما يختص بالصحة والفساد والتحليل والتحريم ؛ نريد أن نقول بأن العبادات يجب ورود الشرع بها ، أما العادات فلا يفتقر تقريرها وإيجابها إلى ورود الشرع بها . ولا شك أن العقود من العادات التى نراها من المسلم وغير المسلم على السواء ، وإذاً ، فيكفى فى صحتها ألا تحرمها الشريعة ، فإن لم تفعل تكون حلالا وصحيحة استصحابا لمبدأ أن الأصل فيها الإباحة[2] .

وقد يضم إلى هذا كله ، ما روى عن الرسول من طرق كثيرة يُقَوِّى بعضها بعضا ، من قوله : « الصُّلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرّم حلالا أو أحلّ حراما ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » ، رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ؛ كما روى أيضا عنه صلى الله عليه وسلم : « الناس على شروطهم

---

(١) فتاوى ابن تيمية ، ﺟ ٣ ص ٣٣٥ (٢) الفتاوى ، ص ٣٣٥

ما وافقت الحق ». وهذا المعنى ، كما يقول ابن تيمية ، هو الذى يشهد له الكتاب والسنة[1] .

٥٨٦ — وفى بيان التفرقة بين العادات ، ومنها العقود ، و بين العبادات ، حيث لا يشترط نص الشارع فى الأولى و يشترط فى الثانية ، عقد الإمام الشاطبى فصلا من كتابه الموافقات يذكر فيه ما نصه[2] : « إن الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمور :

أولها : الاستقراء ، فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار ؛ فترى الشىء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز . . . فبيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غَرَرٍ ور با من غير مصلحة ، و يجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهوما كما فهمناه فى العادات . . .

والثانى ، إن الشارع توسع فى بيان العلل والحِكَم فى تشريع باب العادات كما تقدم تمثيله ، وأكثر ما علل فيها بالمناسِب الذى إذا عرض على العقول تلقّته بالقبول ؛ ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى ، لا الوقوف على النصوص ، بخلاف باب العبادات فإن المفهوم فيه خلاف ذلك[3] . وقد توسع فى هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه أنه قال إنه [أى الاستحسان] تسعة أعشار العلم ، حسبما يأتى إن شاء الله .

والثالث ، إن الالتفات للمعانى قد كان معلوماً فى الفترات [أى التى خلت من الرسل] ، واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم . فدل هذا ، على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات ، على أصولها المعهودات . ومن ههنا أقرّت هذه الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى

(١) فتاوى ابن تيمية حـ ٣ ، ص ٣٣٣ (٢) حـ ٢ : ٢١٣ — ٢١٤

(٣) أى إنه يجب الوقوف فيها على النصوص وتسليمه ، كما ذكر صراحة فى الفصل التالى ص ٢١٤

الجاهلية ، كالدية والقَسامة ... والقِرَاض ... وأشباه ذلك ، مما كان عند أهل الجاهلية محموداً ... وهى كثيرة » .

٥٨٧ — هذا ، وإن كان لنا أن نقول كلمة فى هذين المذهبين المتعارضين ، مذهب المانعين للعقود والشروط إلا ما ورد الشرع بجوازه ، ومذهب المبيحين لكل مالم يحرمه الشرع من ذلك ، فإننا نرى أن الحق أن نأخذ بالمذهب الأول فى عقود الزواج ، وبالمذهب الثانى فى العقود المالية ، وذلك حرصاً على ما للزواج من حرمة وقداسة ، ولما يكون عنه من أسرة تتطلب الاستقرار ، ومخافة أن تذهب بها الأهواء حين تتحكم فى الشروط ، فضلا عما فى الزواج من جانب العبادة التى تتطلب دائما إذن الشارع والسير وفق نصوصه .

أما فى العقود المالية ، فليس الأمر كذلك بحال ، وبخاصة ولكل عصر وبلد عقوده وما تعارفه فيها ، فيكون من الضيق والتعسير على الناس أن نتطلب لكل عقد أو شرط نصاً شرعياً يجيزه ، بل لنا بحق أن نكتفى فى هذا بصدورها عن الرضا والإرادة والاختيار ما دام لا يتعارض مع شىء من الكتاب والسُّنّة ، وإلا اشلت حركة التجارة التى اتسعت فى عقودها وشروطها إلى حد كبير لم يعرفه الفقهاء ، ووقع الناس من ذلك فى حرج شديد ، والله يقول : « يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ » .

٥٨٨ — وبعد كلامنا بصفة عامة على هذين المبدأين العامين ، مبدأ المنع الذى أخذ به الظاهرية إلى أبعد الحدود ، ومبدأ الإباحة الذى جرى عليه ابن تيمية إلى حد بعيد كذلك ، نذكر بصفة خاصة مذهب الأحناف ثم مذهب الحنابلة وبخاصة ابن تيمية ، فى شىء من التفصيل .

أما عند الحنفية ، فمن المعلوم أنهم يقرون العرف ، ويجعلون الثابت به كالثابت من النص ، لأن ما ثبت به يكون معتمدا حتما على دليل شرعى ، وهم فى هذا يعتمدون على هذا الأثر : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[1] ، ويقولون فى هذا :

والعرف فى الشرع له اعتبار   لذا ، عليه الحكم قد يدار

(١) رسائل ابن عابدين ، ج٢ : ١١٥ ؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه للحموى ج١ : ١٢٦ وما بعدها .

ومن أجل ذلك ، تراهم يجعلون العرف العام ، الذى لا يختص ببلد دون بلد ، يصح أن يعارض أدلة الفقه الأخرى . ولهذا أيضاً ، يرون أن الشرع يقر ما يقره العرف ، إلا إذا كان هناك نص يخالفه ، ومن ثم أجازوا كثيراً من العقود والشروط التى لا تشهد لها نصوص من الشريعة .

٥٨٩ — وفى هذا يقول العلامة ابن عابدين[1] : اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص [وهنا لا اعتبار للعرف لأنه لا يصح أن يخالف النص] ... وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه ، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا . ولهذا قالوا ، فى شروط الاجتهاد ، إنه لابد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزمت المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام .

ولهذا ، نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة ، بناها على ما كان فى زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه . فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين . فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الإمامة والأذان ، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه » . ثم يقول بعد ذلك[2] : « فهذا كله وأمثاله ، دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمن وأهله ؛ وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ويكون ضرره أعظم من نفعه

(١) رسائل ابن عابدين ، ح ٢ : ١٢٥ — ١٢٦ . (٢) الرسائل ، ح ٢ : ١٣١ .

بهذه القاعدة ، قاعدة العرف واعتباره دليلا شرعياً ما لم يكن مخالفاً للنص ، وسّع الحنفية كثيراً فى أبواب العقود والشروط ؛ حتى ليمكن القول بلا ريب بأن كثيراً من العقود ، التى يعرفها عصرنا الحاضر ، يقرها مذهب الأحناف ، ما دامت لا تعارض نصاً من نصوص الشريعة . ويجب أن نلاحظ هنا أنه يوجد فرق كبير جداً بين الشريعة والفقه ! الأولى تنزيل من رب العالمين ، والثانى عمل رجال أمثالنا ، فلنا أن نأخذ وندع مما قالوا ورأوا ما دُمنا ندور فى فَلَك الكتاب والسنة .

وفى ناحية الشروط بخاصة ، نرى الأحناف يقسمون الشروط التى تقترن بالعقود ، إلى شروط صحيحة ، وشروط فاسدة ، وأخرى باطلة[1] .

٥٩٥ — ا) الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد ، أو مؤكداً لهذا المقتضى ، أو أذِن به الشرع ، أو جرى به العرف . وهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به ، فيكون العقد صحيحاً معه طبعاً بلا خلاف ، وإن كان أهل الظاهر يخالفون فيما لم يأذن به الشرع ، وذلك بناء على مذهبهم والأصل الذى انبنى عليه .

فالصورة الأولى ، كما إذا شرط البائع على المشترى أن يسلمه الثمن قبل أن يتسلم المبيع . والثانية ، كاشتراط البائع أن يأخذ رَهْناً أو كفيلا بالثمن إذا طلب المشترى تأجيله ، واشتراط ولى الزوجة على زوجها أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان إن أصبحت الحياة الزوجية غير ميسورة بينهما . ومن مُثل الصورة الثالثة ، اشتراط خيار الشرط للبائع أو المشترى مدة معينة ، فإن مقتضى عقد البيع لزومه بعد انتهاء مجلس العقد ، ولكن السنة وردت به فصار شرطاً صحيحاً . ومن مُثل الصورة الرابعة ، شراء ساعة أو راديو بشرط أن يتعهده البائع بالإصلاح مدة معينة ، ومنها شراء تذكرة للسفر إلى أوربا من شركة ملاحة بشرط أن يجد من موظفيها الإرشاد والعون فى الثغور التى ينزل بها .

---

(١) راجع فى هذه الشروط ، المبسوط حـ ١٣ : ١٤ وما بعدها ؛ شرح الزيلعى ، حـ ٤ : ٥٧ وما بعدها ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٤ : ١٢٦ وما بعدها ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ٢١٥ وما بعدها ؛ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، عند المالكية ، حـ ٣ : ٧٣ وما بعدها

وحكم الشرط الصحيح ، بجميع صوره ، أنه يعتبر جزءاً من العقد ، فيصير ملزماً يجب الوفاء به ونفاذه ، لأن مشترطه لم يرض بالعقد إلا به .

٥٩١ — ب) والشرط الفاسد ، هو ما لم يكن شيئاً من ذلك كله ، ولكن في اشتراط منفعة لأحد المتعاقدين أو شخص آخر . ومن صوره من يبيع سيارة له على أن يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو يبيع عزبة له على ألا يخرج مستأجريها ، أو داراً على أن يظل مقيما بها مدة معينة ، أو تتزوج امرأة رجلا وتشترط ألا يخرجها من بيت أهلها . أو يشترط هو أن تستمر في وظيفتها إن كانت موظفة ، أو أن يؤجر امرؤ أرضاً له على أن يؤجر منها المستأجر بعضها لفلان معين من الناس . هذه الصورة وأمثالها ليست ، كما نرى بوضوح ، من مقتضى العقد ، أو مؤكدة له ، أو جاء بها إذن الشارع ، أو تعارفها الناس ، ولكنها مع هذا فيها منفعة لبعض الناس .

وهذا الشرط الفاسد إذا وجد في عقد من عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة والقسمة مثلا ، أفسده ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى ، مثل التبرعات والتوثيقات والزواج ، وتصح هذه العقود .

والعلة في هذه التفرقة ، أن القصد في العقود المالية هو تعادل كل من طرف العقد ، ولهذا يعمل كل منهما على هذا التعادل باشتراط ما يرى من شروط . فإذا أبطلنا الشرط الذي رضي أحد المتعاقدين بالعقد على أساسه ، وجعلنا العقد مع هذا صحيحاً ، ذهب التعادل المقصود وفات الرضا بالعقد فيُضَارّ صاحب الشرط ، وفي الشريعة أنه لا ضرر ولا ضرار[1] .

٥٩٢ — وكثير من الفقهاء يعللون فساد العقد هنا ، لاقترانه بالشرط الفاسد ،

---

(١) ولهذا نجد ابن تيمية يذكر ، من حجج أبي حنيفة والشافعي في بطلان البيع بالشروط الفاسدة « أن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن البيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له . فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي » . نظرية العقد ، وهي الجزء الخاص بالعقود والشروط من فتاويه ، ص ٢١٥ .

بأن هذا بيع وشرط ، وقد نُهي عنه ، أو لأنه يؤدى إلى الربا ، أو لأنه صفقتان فى صفقة ، وقد نهى عنه أيضاً . ولهذا نرى فى كتاب البداية ما يأتى[1] :

« ومن باع عبداً على أن يعتقه المشترى أو يُدَبِّره أو يكاتبه ، أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد . لأن هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط . ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد ، كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط . وكل شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ، وهو من أهل الاستحقاق ، يفسده ، كشرط ألا يبيع المشترى العبد المبيع ، لأن فيه زيادة عادية عن العوض فيؤدى إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فَيَعْرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس .

ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لا يفسده وهو الظاهر من المذهب ، كشرط ألا يبيع المشترى الدابة المبيعة ، لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدى إلى الربا ولا إلى المنازعة . [و] إذا ثبت هذا نقول : إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد ، لأن قضيته الإطلاق فى التصرف والتخيير لا الإلزام حتما ، والشرط يقتضى ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه .

وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى درهماً ، أو على أن يهدى له هدية ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف . ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة فى بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة فى بيع ، وقد نهى النبى عليه السلام عن صفقتين فى صفقة » .

أما فى الزواج ، والتبرعات كالهبة والوصية ، والتوثيقات كالكفالة والحوالة ، فليس هناك معاوضة مالية حتى يخشى أن يفوت تعادل الطرفين فيها إذا أبطلنا الشرط

---

(١) جـ ٣ : ٣٩

وجعلنا العقد صحيحا ؛ ولهذا قلنا بإلغاء الشروط الفاسدة ، وصحة العقود التى اشترطت فيها ، مادام ليس فيها معاوضات مالية .

٥٩٣ - هذا ، وقد عُنى الفقهاء ببيان ما يصح وما لا يصح تعليقه بالشروط الفاسدة ، ومايبطل ومالايبطل بها ، ومن ذلك ماننقله بنصه عن الفتاوى الهندية[1] ، وهو : « وجملة مالايصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشروط الفاسدة ثلاثة عشر : البيع ، والقسمة ، والإجارة ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء عن الدين ، والحجر عن المأذون ، وعزل الوكيل فى رواية شرح الطحاوى ، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط ، والمزارعة والمعاملة ، والإقرار ، والوقف فى رواية .

وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون : الطلاق ، والخلع بمال وبغير مال ، والرهن ، والقرض ، والهبة والصدقة ، والوصاية والوصية ، والشركة ، والمضاربة ، والقضاء والإمارة ، والتحكيم ، عند محمد رحمه الله تعالى ، والكفالة ، والحوالة ، والإقالة ، والنسب ، و إذن العبد فى التجارة ، ودعوة الولد ، والصلح عن دم العمد والجراحة التى فيها القصاص حالا أو مؤجلا ، وجناية الغصب ، والوديعة ، والعارية ، إذا ضمن فيها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة ، وعقد الذمة ، وتعليق الرد بالعيب بالشرط ، وتعليق الرد بخيار الشرط ، وعزل القاضى . والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا إضافته ، ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط ، وكذا الحجر على المأذون ، وكذا الهبة والصدقة ، والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف يصح ويبطل الشرط .

وما تصح إضافته إلى زمان فى المستقبل أربعة عشر : الإجارة وفسخها ، والمزارعة والمعاملة ، والمضاربة ، والوكالة ، والإيصاء والوصية والقضاء ، والإمارة ، والطلاق ، والعتاق ، والوقف .

وما لا تصح إضافته إلى زمان فى المستقبل تسعة : البيع ، وإجازته وفسخه ،

---

(١) - ٤ : ٣٩٦

والقسمة ، والشركة ، والهبة ، والنكاح ، والرجعة ، والصلح عن مال ، والإبراء عن الدين[1] » .

٥٩٤ — ج) والشرط الباطل ، هو ما لم يتحقق فيه شيء مما يجب أن يتحقق فى الشرط الصحيح ، ولم يكن فيه مع هذا منفعة لأحد مّا . وذلك كالذى يبيع داراً على ألا يسكنها أحد مدة معينة ، أو يبيع سيارة على ألا يستعملها أحد يوما كل أسبوع . وحكم هذا الشرط أنه لغو باطل لا قيمة له ، ولكن العقد صحيح ؛ سواء أكان من عقود المعاوضات ، أم من العقود الأخرى كالهبة أو الكفالة أو الزواج .

٥٩٥ — وقبل أن نترك الكلام عن مذهب الأحناف فى هذه المسألة ، نلاحظ أن عبد الله بن شُبْرُمة[2] ذهب إلى أن كل العقود التى اقترن بها ما نسميه بالشروط الفاسدة تكون صحيحة هى وشروطها ، لا فرق بين عقود المعاوضات المالية وغيرها (فتاوى قاضيخان من باب الشروط فى البيع) . كما نلاحظ أن فقيهاً آخر ، هو ابن أبى ليلى ، المتوفى عام ١٤٨ هـ ، ذهب إلى أن هذه الشروط الفاسدة لا تؤثر فى العقد مطلقاً ، عقد معاوضة أو غيره ، فتبطل هى ويكون العقد صحيحا .

وقد يشهد لصحة العقد فى رأى هذين الفقيهين ما رواه البخارى من أن جابرا رضى الله عنه باع النبى صلى الله عليه وسلم جملا واشترط حُمْلانه عليه إلى أهله ، وأقره النبى على ذلك ودفع الثمن له[3] . فإن اشتراط الحُمْلان على الجمل الذى باعه شرط فاسد ، لأنه استثناء منفعة للبائع وتقييد للمشترى ، ومقتضى العقد ملكية

---

(١) وراجع أيضا ، شرح الزيلعى جـ ٤ : ١٣١ — ١٣٤ ؛ فتح القدير ، جـ ٥ : ٢١٤ — ٢١٨ . وراجع أيضاً الفروق للقرافى جـ ١ : ٢٧٥ — ٢٧٦ ، فقد أتى بكلام جيد فى الفرق بين قاعدة قبول الشرط وبين قاعدة قبول التعليق على الشرط . وتناول فى ذلك العقود المختلفة ، وكذلك بعض العبادات ، من هذه الناحية .

(٢) توفى عام ١٤٤ هـ ، وكان قاضى الكوفة وفقيها دينا .

(٣) راجع كتاب سبل السلام ، جـ ٣ : ٦ ؛ وأنظر كشاف القناع ، جـ ٢ : ٣٨ . على أنه يستفاد من الحديث ، فى بعض رواياته ، أن الرسول لم يكن يقصد الشراء لأنه رد إلى جابر جمله مع الثمن . راجع سبل السلام ، جـ ٣ : ٨ .

المشترى بلا قيد لما اشتراه . ولكن ، ألا يعتبر رضا الرسول عليه السلام بذلك الشرط إذناً منه باعتباره شارعاً ، فيكون شرطاً صحيحاً وإن خالف مقتضى العقد ولم يجر به عرف ؟

٥٩٦ — وأخيراً ، نصل إلى الكلام على مذهب الحنابلة وبخاصة الإمام ابن تيمية . وقد تركنا عمداً الكلام عن مذهب الشافعية لقُرْبه من مذهب الأحناف ، وعن مذهب المالكية لقربه من مذهب الحنابلة ، وقد يجىء عرضا الكلام عنهما أيضا أثناء الكلام عن الحنابلة .

٥٩٧ — يجيز الحنابلة من العقود والشروط مالم يُجزه غيرهم ، ومن ذلك اشتراط المشترى صفة معينة فى المبيع ، أو اشتراط البائع للسيارة مثلا أن يستخدمها قبل تسليمها مدة كذا ، أو توصيل البائع الشىء المبيع لدار المشترى ، أو أن يكون على الزوج ألا يتزوج على امرأته أو أن يبقيها مع أهلها أو فى دارها مثلا . . هذه الشروط وأمثالها ، شروط صحيحة يجب على من التزمها الوفاء بها ؛ لا فرق بين أن يكون هذا فى عقود المعاوضات المالية ، أو فى عقود التبرعات أو التوثيقات أو الزواج وما يتصل به .

٥٩٨ — وبكلمة واحدة ، إن الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين فى العقد ، إلا فى حالتين :

ا) أن يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغرض منه ، إذ فى هذا الشرط منع لأحد المتعاقدين من استعمال ما يثبته العقد له من حقوق . مثل أن يبيع أحد داراً لآخر على شرط ألا يبيعها مطلقاً ، أو على أن يقفها على جهة مّا ولو كانت جهة خير ، أو بشرط أن يسكن فيها لا أن يؤجرها للغير . وهذا الضرب من الشروط وإن كان فاسداً ، إلا أنه لا يُفسد العقد ، بل يعتبر الشرط لاغياً والعقد صحيحاً[1]

ب) أن يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله ، كما إذا اقتضى الشرط أن يجمع

---

(١) كشاف القناع ، جـ ٢ : ٤٠ ؛ منتهى الإرادات لابن يونس البهوتى الحنبلى ، جـ ٢ : ٥ ٢ — ٢٦

المتعاقدان صفقتين فى عقد واحد ؛ وذلك مثل أن يقرض فلان فلاناً مبلغاً من المال على أن يشترى به منه شيئاً من الأشياء ، أو أن يدفع تاجر قطن مثلا مبلغا من المال قرضا لمزارع على ألا يبيع قطنه فى المستقبل إلا له . ومثل هذه الشروط شروط فاسدة واشتراطها فى العقود يفسدها[1] ؛ أولا : لأن الرسول نهى عن صفقتين فى صفقة ، ولأنها تؤدى غالباً إلى نزاع بين المتعاقدين فى العقد الآخر الذى اعتبر شرطا للعقد الأول ؛ ومع هذا ، ففى بعضها شبهة الربا فى صورة قرض جرّ نفعا .

٥٩٩ — هذا ، عن الحنابلة بصفة عامة ، أما ابن تيمية بخاصة فهو أوسع صدراً للشروط ، إذ يجيز منها كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ، ولا يستثنى فى هذا ، وسنذكر بعض تطبيقاته لهذا الأصل الذى يستدل له — مع من يوافقه فى الرأى — بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا » ، و بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . ولكن ، علينا قبل ذكر هذا ، أن نبين كيف يستدل ابن تيمية بالنقل والعقل للمذهب الذى ذهب إليه .

إنه يقول : « إن الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يَحْرُم وَيَبْطل منها إلا ما دل على تحريمه و إبطاله نص أو قياس عند من يقول به ، وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه »[2] .

ومعنى هذا ، أن ما يعقده الناس من عقود ، وما يلتزمونه من شروط ، ليس لنا أن نقول بتحريمه إلا إذا ورد الشارع بذلك ، لا أنه لا يصح إلا إذا ورد منه حِله[3] .

---

(١) يراجع الشرح الكبير ، حـ ٢ : ٤٠ ؛ كشاف القناع ، حـ ٣ : ٦٤ — ٦٥ ؛ منتهى الإرادات ، حـ ٢ : ٢٥

(٢) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٢٦ ، ص ٣٢٩ وما بعدها . (٣) أنظر المرجع نفسه ، ص ٣٣٨

وبعد هذا الأصل العام ، نرى ابن تيمية يسوق الكلام إلى الاستدلال عليه من آيات الكتاب وأحاديث الرسول ونظر العقل ، فساق كثيراً من الآيات والأحاديث التي سبق ذكر شيء منها ؛ وبخاصة قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، وقول الرسول : « والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » .

٦٠٠ — وأما صحة هذه العقود والشروط من ناحية العقل ونظره ، فإنه يقول : « إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية [أي ليست من العبادات] والأصل فيها عدم التحريم ؛ فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم . كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى : « وقد فَصَّل لكم ما حَرَّم عليكم » . عام في الأعيان والأفعال . وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة »[1] .

ثم يخلص إلى هذه النتيجة ، وهي أننا إن حرّمنا مايجرى بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط ، بغير دليل من الشارع ، كنا قد حرمنا ما لم يحرّمه الله . لكن الأمر بخلاف ذلك في العقود التي ليست عادية ، أي في العقود التي فيها تشريع ما لم يأذن به الله [كأن يعير سيد أمته لآخر يستمتع بها ، كما يعيره شيئا من متاعه] ، فإن هذا حرام طبعا لا يجوز[2] .

٦٠١ — والآن وقد ظهر ، بالنقل والعقل ، أنه لايحرم من العقود والشروط ، أي من الالتزامات بصفة عامة إلا ما حرمه الشارع ، فالوفاء بها واجب من ناحية الشارع والعقل كذلك إلا ما قام الدليل على بطلانه ، وبخاصة والوفاء بما يلتزمه الإنسان راضياً مختاراً من الواجبات التي تضافرت المِلَل والعقول جميعاً على القول بها .

وأيضاً ، كما يقول ابن تيمية حرفياً ، فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد ، لأن الله تعالى قال في كتابه[3] :

---

(١) الفتاوى، حـ ٣ ، ص ٣٣٤ (٢) المرجع نفسه ، ص ٣٣٥ (٣) سورة النساء آية ٢٩

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقال[1] : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » ؛ فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له . . . وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن . وكذلك قوله : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة ؛ وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك[2] .

٦٠٢ — ويكاد ابن تيمية لا يستثني من هذا الأصل أو الحكم العام إلا عقداً يناقض حكم الله ورسوله ، أو شرطاً يتعارض والمقصود من العقد .

فالأول لما روى في الحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها : « من أحدث في أمرنا — أو ديننا — هذا ما ليس منه فهو رد » وفي لفظ : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد[3] » . ومن ثم اتفق علماء المسلمين جميعاً على أن كل شرط يناقض حكم الله ورسوله يكون باطلا ؛ مثل أن يشرط أحد المتعاقدين في شراء جارية أو عبد أن يكون نسب الولد لغير أبيه ، أو أن يكون الولاء لغير المعتق ، لأن الله يقول : « ادعوهم لآبائهم » ، ورسوله يقول : الولاء لمن أعتق ، رداً على ما كان عليه الأمر في الجاهلية من انتساب الرجل لغير أبيه وتولى العبد متى صار حراً غير مواليه[4] .

وأما الضرب الثاني ، أي الشرط المنافي للمقصود من العقد ، فهو مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بما اشترى ببيع أو تأجير مثلاً ، وذلك باطل ، لأنه جمع بين المتناقضين ، أي بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء[5] .

٦٠٣ — في غير هاتين الحالتين يكون كل من العقد والشرط صحيحاً ؛ سواء

(١) سورة النساء آية ٤ (٢) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٣٦ — ٣٣٧ (٣) نظرية العقد ، ص ١٤
(٤) المصدر نفسه ، ص ١٤ ، ١٥ (٥) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٣٧

أكان ذلك فى عقود المعاوضات ، أم التبرعات ، أم التوثيقات ، أى التأمينات بلغة القانون ، أم الزواج ونحوه . وسواء أكان الشرط استثناء منفعة فى المعقود عليه ، أم صفة يصح قصدها فى المبيع أو الزوج أو الزوجة ، أم غير هذا وذاك من الشروط . ففى كل ذلك ، الشرط لازم يجب الوفاء به ، وإلا كان للطرف الآخر حق فسخ العقد لأنه ما رضى عقده إلا بهذا الشرط ، ومبنى العقود بصفة أساسية على الرضا كما هو مقرر ومعروف . ونرى أن نخص عقود المعاوضات والتبرعات وعقد الزواج بكلمة خاصة بكل ضرب منها ، من أجل أهميتها .

٦٠٤ — ا) عقود المعاوضات :

يجوز للبائع أن يستثنى ، مثلا ، بعض منفعة الشىء الذى باعه ؛ كأن يبيع هذه الدار على أن يظل ساكناً بها مدة معينة ، أو السيارة على أن ينتفع بها مدة كذلك . كل ذلك جائز . لأنه تدل عليه الأصول والنصوص وكذلك للمشترى أن يشترط صفة معينة فى المبيع ، وهذا واضح ويجرى عليه العمل كل يوم .

وفى هذا يروى ابن تيمية أنه : « قيل لأحمد [بن حنبل] : الرجل يبيع الجارية على أن يعتقها [أى المشترى] ، فأجازه ، قيل له إن هؤلاء ، يعنى أصحاب أبى حنيفة ، يقولون لا يجوز البيع على هذا الشرط ، قال : لم لا يجوز ؟ قد اشترى النبى صلى الله عليه وسلم بعير جابر ، واشترط [جابر] ظهره إلى المدينة ، واشترت عائشة بريرة على أنها تعتقها ، فلم لا يجوز هذا ؟[2] » .

هكذا يقول ابن حنبل ونرى أن استدلاله بحادث عائشة وبريرة يصح لو كان المالك للجارية هو الذى اشترط أن تعتقها أم المؤمنين حين تشتريها ، ولكن الأمر أن عائشة نفسها هى التى عرضت شراءها لتعتقها على أنه يكفى الاستدلال النقلى ، بعد دليل العقل ، بحادث سيدنا جابر ابن عبد الله رضى الله عنه حين باع بعيره للرسول وشرط أن يحمله للمدينة .

---

(١) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٢٧ ؛ ونظرية العقد ص ٢٤ . (٢) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٤٣

٦٠٥ — ب) عقود التبرعات :

يجوز للمعتق أن يشترط فى الاعتاق أن يخدُمه عبده مدة حياته ، أو حياة السيد نفسه . وفى هذا ، ورد أن أم سَلمة اعتقت عبدها سفينة ، واشترطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم ما عاش[1] وكذلك يجوز للواهب ، أو الواقف ، أو المتصدق بالطريق الأولى ، أن يشترط لنفسه منفعة ما ينزل عنه بطريق من هذه الطرق مدة[2] ، وبخاصة ، والله يقول : « ما على المحسنين من سبيل » . وهنا ، نلاحظ أنه فى عقود الواقفين لما يملكون على جهة من جهات الخير ، يشترط الواقف عادة فيها ، فى أيامنا هذه ، أن ينتفع بما يقف على نفسه مدة حياته ، فهذا وقف وشرط لازم كما نرى يوجب استثناء بعض منفعة الموقوف .

٦٠٦ — على أن هناك فرقا بين عقود التبرع و بين عقود المعاوضة فى هذه المسألة ؛ ففى عقود المعاوضات يجب أن تكون المنفعة التى استثناها أحد الطرفين فى العقد معلومة ، على حين لا يجب ذلك فى عقود التبرعات . وابن تيمية يذكر فى هذا ما يصح أن يكون قاعدة عامة ، إذ يقول[3] :

« يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع والخلع ، أو تبرع كالوقف والعتق ، أن يستثنى بعض منافعها . فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع ، فلا بد أن يكون المستثنى معلوما لما روى عن جابر ، وإن لم يكن كذلك ، كالعتق والوقف ، فله أن يستثنى خدمة العبد ما عاش عبده أو عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف » .

وفى هذا تفرقة حكيمة يقرها العقل ، وتتفق مع طبيعة كل من هذين الضربين من العقود . فإن عقود المعاوضات مبناها ، كما عرفنا ، على التعادل بين الطرفين ، بحيث لا يغبن أحدهما الآخر غبنا لا يحتمل عادة ، ومن هنا وجب أن

---

(١) الفتاوى ، حـ ٣ ، ٣٢٧

(٢) نظرية العقد ، ص ١٦ ؛ وانظر فى الوقف بصفة خاصة ، الفتاوى حـ ٣ : ٣٨٩ — ٣٩٠

(٣) الفتاوى ، حـ ٣ ، ص ٣٤٢ — ٣٤٣

تكون المنفعة المستثناة المشروطة للبائع أو المؤجر مثلا معلومة محددة حتى لا يكون بعد نزاع . أما فى التبرع ، فالأمر ليس كذلك ، إذ هو بطبيعته لا معاوضة فيه ، وإذاً فالتعادل غير مطلوب ؛ فلا يمكن أن يتأتى نزاع بين المتبرِّع والمتبرَّع له ، فما على المحسن من سبيل .

٦٠٧ — ج) الزواج :

هنا ، نجد ابن تيمية يخالف كثيرا الأحناف والشافعية والمالكية ، فيجيز أن يشترط الزوج أو الزوجة فى عقد الزواج ماشاء من الشروط التى فيها منفعة مقصودة ، مادامت لا تتعارض هى ونصوص الشارع ، ويقول فى ذلك مانصه :

« ويجوِّز أحمد [بن حنبل] أيضاً فى النكاح عامة الشروط التى للمشترط فيها غرض صحيح ، لما فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » . ويرى — بحق — طبقا لهذا الحديث أن الشروط فى الزواج أكبر خطرا منها فى البيع والإجارة ونحوها ، فلهذا يكون الوفاء بما الْتُزِم منها أوجب وأوكد[1] .

وإذا قال الأحناف مثلا بأن لعقد الزواج من الخطورة ما يجعله لا يقبل الفسخ ، ولأنه ليس عقد معاوضة ، بل إن مثل هذه الشروط تعتبر كأنها أمر كمالى من باب الترفيه ، إن صح هذا التعبير ، فلا ضير من عدم الوفاء بالتزامها — إذا قال الأحناف ومن يرون رأيهم هذا ، فإن لابن تيمية ومن يذهب مذهبه من الحنابلة أن يقولوا بأن الزواج لأنه على جانب كبير من الخطورة والقُدْسية ، إذ تقوم عليه أسرة ويكون منه حياة قارّة هنيئة مارضى الزوجان كل عن الآخر ، كانت رعاية الشروط التى فيها منفعة يصح قصدها ألزم وآكد منها فى العقود الأخرى .

ومن باب التطبيق على ذلك ، يكون على الزوج ألا يخرج الزوجة من بلدها أو دارها إن شرطت هذا فى عقد الزواج ، فإن لم يف بذلك كان لها حق فسخ

(١) الفتاوى ، حـ ٣ : ٣٢٧ ، ٣٣٢ ؛ ونظرية العقد ، ص ١٥٥ .

العقد[1] . وكذلك لكل من الزوجين أن يشترط فى الآخر صفة يصح قصدها ، كالمال والجمال والبكارة [والثقافة وما يتصل بها] ونحو ذلك ، ويكون للمشترط حق فسخ النكاح عند فوات ما اشترطه ، لأنه لم يرض بالعقد إلا على أساسه . وهذا ، كما يقول ابن تيمية ، أصح روايتى أحمد بن حنبل ، وأصح وَجْهَى أصحاب الشافعى ، وظاهر مذهب مالك رضى الله عن الجميع . ولا فرق فى هذا بين أن يكون المشترط هو الرجل أو المرأة[2] .

٦٠٨ — والنتيجة لهذا كله ، أن العقود إذا شرط فيها أحد الطرفين صفة أو شرطاً لم يرض بالعقد إلا به ، ثم فات هذا الشرط فلم يتحقق ، كان لنا أن نقول ببطلان العقد أو بحق من له هذا الشرط فى فسخه ، متى كان هذا الشرط مما يصح قصده والإفادة منه . إذ إلزامه عقداً لم يرض به ، يعتبر التزاماً لما لم يلتزمه ، بل لما لم يلزمه إياه الله ورسوله ؛ والمسلم لا يلزمه شىء إلا بالتزامه كما فى العقود ، أو بإلزام الله ورسوله له .

٦٠٩ — وما أحسن وأحكم وأوجز هذه العبارة التى ننقلها بنصها عن ابن تيمية لتكون خاتمة لمذهبه فى العقود ، ما يصح منها وما لا يصح ، وفيما يجوز أو لا يجوز اشتراطه من الشروط :

« ومقاصد العقلاء إذا دخلت فى العقود ، وكانت من الصلاح الذى هو المقصود لم تذهب عفوا ولم تهدر رأساً ؛ كالآجال فى الأعواض ، ونقود الأثمان المعينة ببعض البلدان ، والصفات فى المبيعات ، والحرفة المشروطة فى أحد الزوجين . وقد تفيد الشروط مالا يفيده الإطلاق ، بل ما يخالف الإطلاق »[3] .

وبعد ، فإنا نعتقد — بحق — بعد ما نقدم ، أن ما ذهب إليه ابن تيمية ، فى هذه المسألة ، فيه توسعة جدّ كبيرة على الناس فى المعاملات ، وفيه ما يساعد على أن يكون فى الفقه الإسلامى حلول لكثير من المشاكل التى نجدُ كل يوم فى علاقات الناس بعضهم ببعض ، فى سائر النواحى ومنها عقود المعاوضات والزواج .

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ، ص ٢٤ ؛ وأنظر أيضا ص ١٦ ، فى شرط المرأة على الرجل ألا يتسرى أو يتزوج عليها ، و ص ١٦١ — ١٦٢ .

(٢) الفتاوى ، ج ٣ : ٣٤٦ ؛ ونظرية العقد ، ص ١٥٦ — ١٥٧

(٣) نظرية العقد ، ص ٢١١ .

الباب السادس

أقسام العقـــد

٦١٠ — ينقسم العقد إلى ضروب مختلفة من التقاسيم ، وكل منها يستند إلى اعتبار خاص . هذا الاعتبار قد يكون استكماله أو عدم استكماله لأركانه وشروطه ، أو بتعبير آخر قد يكون بحسب حكمه ووصفه . وقد يكون بحسب طبيعته . أو بحسب اتصال حكمه بصيغته أو عدم اتصاله بها . كما قد يكون ، أخيراً ، بحسب آثاره التي تكون عنه .

أولا — حسب حكمه ووصفه

٦١١ — هنا ، نرى الفقهاء يصفون بعض العقود بأنها حرام كالربا ، أو حلال كالبيع والإجارة . كما قد يصفون العقد الواحد مرة بأنه واجب ، ومرة بأنه سُنَّة ، وأخرى بأنه مكروه . وذلك مثل الزواج ، فإنه واجب عند اشتهاء المرأة والإحساس بعدم الاستغناء عنها ، و إلا وقع في الزنا ، وهو سنة عند عدم وجود هذه الحالة مع القدرة على القيام بحقوقه ؛ وهو مكروه ، أو حرام ، عند تيقن العجز عنه وعن القيام بحقوقه [1] .

وتارة نرى من الفقهاء القول بأن حكم هذا العقد كذا ، وحكم العقد الآخر كذا وهكذا دواليك إلى مختلف أنواع العقود . مثلا ، حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشترى ، وملكية الثمن للبائع ؛ وحكم عقد الإجارة ، ثبوت ملكية منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملكية الأجرة للمؤجر مالك العين ؛ وحكم عقد الزواج إفادته حِلّ أن يتمتع كل من الزوجين بالآخر ، فيكون كل منهما سَكنا لصاحبه .

٦١٢ — ونحن هنا لا نريد بـ « حكم العقد » ، هذا المعنى أو ذاك ، بل نريد به معنى آخر يستعمله فيه الفقهاء أيضا . نريد به الحكم أو الوصف الذى يعطيه الشرع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، وعلى هذا الوصف تترتب عليه آثاره أو لا تترتب ؛ فيكون مرة صحيحا مُلزِما لعاقديه ، أو غير صحيح فلا يكون ملزما . ومن ثَمّ يقال عقد البيع هذا صحيح ، فيفيد ملك المبيع والثمن للمشترى والبائع ،

(١) راجع مثلا ، فى بيان أحكام الزواج ، البدائع حـ ٢ : ٢٢٨ — ٢٢٩ .

أو غير صحيح فلا يفيد من ذلك شيئا ؛ وهذا العقد للزواج يعتبر صحيحا ، فيفيد حل الاستمتاع بين الزوجين ، أو غير صحيح فيجب فسخه إذ لا قيمة له ولا أثر فى ملك المتْعة ؛ وهكذا ، فى العقود الأخرى .

والعقد من هذه الناحية — كما سيأتى — إما صحيح تترتب عليه آثاره ، وإما غير صحيح ؛ والصحيح ، إما نافذ فى الحال ، وإما موقوف ؛ والنافذ ، إما لازم لا يجوز فسخه ، وإما غير لازم يمكن فسخه من طرفيه أو طرف واحد . ثم غير الصحيح ، إما فاسد ، وإما باطل .

٦١٣ — ونكاد لا نجد خلافاً بين الفقهاء فى تقسيم العقد أولا إلى صحيح وغير صحيح ، ثم تقسيم الصحيح إلى أقسامه التى ذكرناها ، ولكن الخلاف على أشدّه فى تقسيم العقد غير الصحيح .

قسمة العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل ، هو مذهب الأحناف ؛ أما الفقهاء الآخرون أصحاب المذاهب الأخرى ، فلا يرون هذه القسمة ، بل غير الصحيح عندهم هو الذى لم ينعقد أصلا ولا يترتب عليه أى حكم أو أثر ، وكذلك العقد الذى لم تتوافر فيه شروط الصحة . وإذاً ، العقد عند غير الأحناف صحيح أو غير صحيح ، ويعبرون عن هذا بالفاسد أو الباطل على حد سواء[1] .

٦١٤ — على أن بعض الأحناف يتكلم عن البيع الباطل ويسميه فاسداً ، وبهذا يجعل الفاسد مقابلا للصحيح ويجعله شاملا للباطل . فهذا برهان الدين المَرْغِينانى يقول : « وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد ؛ كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر »[2] . ثم يقول الشارح

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ، حـ ٣ : ٦٠ ؛ شرح المنهج وحاشية البجيرمى عليه ، حـ ٢ : ٢٢٢ وما بعدها ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥ وما بعدها فى الكلام على شروط البيع ؛ وراجع عند المالكية أيضا ، مقدمات ابن رشد ، حـ ٢ : ٢١٣ وما بعدها . وراجع أيضا الأشباه لابن نجيم ص ١٨٥ ، والأشباه للسيوطى ص ١٧٨ .

(٢) بداية المبتدىء ، وشرحها هداية المهتدى ، مع فتح القدير شرح الهداية ، حـ ٥ : ١٨٦

لتفصيل هذا التعميم : « البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر ، لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد . والبيع بالخمر والخنزير فاسد ، لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإنه مال عند البعض[١] » . ومن ثم ، يصرح الكمال بن الهُمام فى مفتتح شرحه لباب البيع الفاسد : « ثم لفظ الفاسد فى قوله [أى صاحب الهداية] : باب البيع الفاسد ، وفى قوله : إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد ، مستعمل فى الأعم من الفاسد والباطل »[٢] .

٦١٥ — لكن هذه الملاحظة العابرة ، فيما يتعلق بإطلاق بعض الفقهاء العقد الفاسد على ما يعم الباطل أيضاً ، لا تمنع من التأكيد بأن الأحناف جميعاً يفرقون بين هذين النوعين من العقود ، ويجعلونهما مقابلين للعقد الصحيح ، فى حين أن غيرهم يجعلون القسمة ثنائية لا ثلاثية .

ومدار الخلاف بين الأحناف وغيرهم من الفقهاء بعامة ، هو اختلافهم فى هذين الأمرين :

ا) هل نهى الشارع عن عقد من العقود ، معناه عدم اعتباره إن أقدم عليه بعض الناس ، ووقوع هذا فى الإثم ومعصية الله ؟ أم معناه إثم من يقدم عليه ، ثم قد يعتبر العقد قائماً على وجه من الوجوه مع ذلك ؟

ب) وبعد هذا ، هل النهى عن العقد لأمر يرجع لأصله وأركانه ، فعنى لأمر يتصل بالعاقدين ومحل العقد أو موضوعه[٣] ، فى منزلة سواء مع الاختلال الراجع فقط لوصف عارض للعقد وإن كان ملازماً له[٤] ، أو لأمر غير ملازم ولكنه مجاور للعقد[٥] ؟

---

(١) بداية المبتدى ، وشرحها هداية المهتدى ، مع فتح القدير شرح الهداية ، جـ ٥ : ١٨٦

(٢) فتح القدير ، جـ ٥ : ١٨٥ .

(٣) كالنهى عن بيع السمك فى الماء والحر والخنزير والميتة ، لأن الثلاثة الأول ليست مالا متقوما ، والميتة ليست مالا مطلقا .

(٤) كالنهى عن بيع المجهول جهالة فاحشة ، أى تؤدى للنزاع ، وعن بيع شىء واستثناء بعض منفعته .

(٥) مثل النهى عن البيع وقت النداء للجمعة .

٦١٦ — يرى جمهور الفقهاء ، أى غير الأحناف ، أن نهى الشارع عن عقد من العقود معناه إثم من يقدم عليه ، وعدم اعتباره إن وقع فعلا ، وحينئذ فلا يكون له أثر ، بل يعتبر أنه لم ينعقد فيكون فاسداً أو باطلا بمعنى واحد . ويرون من المنطق ألا يعتبر الشارع أمراً قد نهى عنه ، أى إن النهى عنه هو حكم بأنه باطل لا قيمة له إن وقع ممن لا يزجره نهى الشارع عنه .

ويرون أيضا ، بالنسبة للأمر الثانى ، أنه لا فرق بين أن يكون النهى راجعا لأصل العقد وأركانه (المتعاقدين ومحل العقد أو موضوعه) وبين أن يكون راجعا لأمر أو وصف آخر عرض للعقد أو جاوره . فما دام الشارع قد نهى عنه لأى سبب من الأسباب ، فلا قيمة له ولا اعتبار مطلقا ، بل يعتبر غير منعقد وباطلا . وبخاصة والرسول يقول : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل فى ديننا ماليس منه فهو رد »(١) .

٦١٧ — أما الأحناف فيرون أن النهى عن بعض العقود قد يكون معناه إثم من يقدم عليها ، لامعناه إبطالها ، والمثل لذلك كثيرة ستأتى فى محالها . وكذلك يرون أن النهى إن كان لأمر يرجع لأصل العقد وأركانه ، كان معناه بطلان العقد وعدم انعقاده ؛ كبيع ما ليس بمال ، أو عقد الطفل أو المجنون ونحوهما من فاقدى الأهلية . ولكن النهى إذا كان لأمر آخر ، مع صحة أصل العقد وأركانه ، كالنهى عن بيع ما فيه غرر أو شرائه ، أو البيع وقت أذان الجمعة ، كان من الحق أن يكون للعقد حكم آخر ، أى أنه يعتبر منعقداً ولكن يجب فسخه إلا إذا زال الأمر الذى نُهى عنه من أجله .

٦١٨ — واقتضاء النهى عن عقد فساده ، أو عدم اقتضائه إلا إثمَ من يُقدم عليه ، مسألة يعالجها علماء الأصول ، ولهذا نرى من الخير أن نأتى برأى الغزالى — وهو شافعى كما هو معروف — فيها بشىء من التصرف والإيجاز .

---

(١) وقد يستدلون لهذا أيضا بأن ابن عمر احتج فى بطلان نكاح المشركات بنهى الله تعالى عنه حين يقول فى سورة البقرة : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » .

إنه يقول[1] : « اختلفوا فى أن النهى عن البيع والنكاح والتصرفات المفيدة للأحكام ، هل يقتضى فسادها . فذهب الجماهير إلى أنه يقتضى فسادها ، وذهب قوم إلى أنه إن كان نهياً عنه لعينه[2] دل على الفساد ، وإن كان لغيره فلا[3] ، والمختار أنه لا يقتضى الفساد .

وبيانه أنا نعنى بالفساد تخلّف الأحكام عنها [العقود والتصرفات] ، وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام . ولو صرح الشارع وقال [مثلا] حرمت عليك استيلاد جارية الابن ، ونهيتك عنه بعينه ، لكن إن فعلت ملكت الجارية . . . فشىء من هذا ليس يمتنع ولايتناقض ... فإن شرط التحريم التعرض لعقاب الآخرة فقط ، دون تخلف الثمرات والأحكام عنه .

وقوله عليه السلام « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل فى ديننا ماليس منه فهو رد » ؛ قلنا معنى قوله : رد ، أى غير مقبول طاعةً وقُرْبةً . ولاشك فى أن المحرم لا يقع قربة ، أما ألا يكون سبباً للحكم فلا . والاستدلال بالمناهى على الفساد ، كما فعل ابن عمر[4] ، ليس مُجْمَعا عليه من الأمة ؛ نعم يُتمسك به [أى برأى ابن عمر وأمثاله] فى التحريم والمنع ، أما فى الإفساد فلا » .

وانتهى الغزالى ببيان أن النهى لايدل على الفساد فى المعاملات دون العبادات ، لأن النهى يضاد كون المنهى عنه قربة وطاعة ؛ لأن الطاعة عبارة عما يوافق الأمر ، والأمر والنهى متضادان ، فعلى هذا صوم يوم النحر [مثلا] لا يكون منعقدا . ثم يقرر بعد ذلك بأن النهى إذا كان لا يدل على الفساد ، مع ثبوت فساد بعض ما نهى عنه ، فإن فساد العقد يعرف بفوات شرطه وركنه[5] . أما مجرد النهى ، فلا يدل عليه وصفاً وشرعا[6] .

---

(١) المستصفى من علم الأصول ، جـ ٢ : ٢٤ ومابعدها .

(٢) مثل النهى عن بيع الميتة والخمر والخنزير وأم الولد والمدبر والمكاتب .

(٣) مثل النهى عن بيع الطير قبل صيده ، والفىء المباح قبل إحرازه ، والبيع وقت النداء للجمعة .

(٤) أنظر ماسبق قريباً بالهامش .

(٥) المستصفى ، جـ ٢ : ٣٠ .

(٦) المصدر نفسه ، ص ٣١ .

هـذا الذى نقلناه عن الغزالى يشهد لصحة مذهب الأحناف فى قولهم بأن النهى عن عقد من العقود لا يستلزم عدم انعقاده وبطلانه ، بل ربما لا يستلزم إلا إثم من يُقدم عليه مع نهى الشارع عنه . ولنأخذ ، بعد ذلك ، فى بيان أقسام العقد عند الأحناف ، وسنعرف لكل قسم حكمه الخاص به ، وليكن هذا فى إجمال .

٦١٩ — العقد عند الأحناف ، صحيح ، أو باطل ، أو فاسد . وللصحيح أقسامه الخاصة التى أشرنا إليها فيما سبق .

ا) العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه ، ويكون كذلك متى صدر عن أهله ، وكان محله قابلا له ، ولم يعرض له أمر أو وصف يجعله منهياً عنه شرعاً ، ويعرفه الفقهاء عادة بأنه العقد الذى شرع بأصله[1] ووصفه . وحكم العقد الصحيح ثبوت حكمه له فى الحال ، أى أنه فى البيع مثلا يثبت ملك المبيع والثمن للمشترى والبائع فور الإيجاب والقبول إلا إذا كان فى العقد خيار .

٦٢٠ — ب) والعقد الباطل هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . أى أن يكون العاقدان أو أحدهما ليس أهلا لعقده ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلا له ، وبهذا يكون عرض له من الوصف ما يقتضى النهى عنه لعدم مشروعيته . وحكم هذا الضرب من العقد أنه لا يعتبر منعقداً فعلا وإن وجدت صورته فى الخارج ، فلا يرتب الشارع عليه أى حكم أو أثر إذ لا يعتبره موجوداً بأية حال .

٦٢١ — ومن مُثل العقد الباطل عقد الطفل والمجنون ونحوهما ، أو الصبى المميز فيما يضره ضرراً محضا ، وذلك لفوات شطر من الركن وهو أهلية العاقد . أو بيع ما ليس بمال كالميتة ، أو ما ليس مالا متقوّما كالخمر والخنزير ، وذلك لفوات شطر من الركن وهو قابلية محل العقد لصدوره عليه .

ومن مُثله أيضاً عقد الزواج الصادر على إحدى المحرمات ، أو التى لم تنته عدتها

---

(١) أصل كل عقد أركانه ، وهى العاقدان ومحل العقد أو موضوعه .

من مطلقها ، وذلك لفوات صلاحية محل العقد له ، وهذا من ركن العقد كما علمنا .
ومن هذا الضرب من المثل ، نعنى بطلان العقد لعدم قابلية محله له أو لعدم سلامته مما يجعله قابلا له ، بيع شيء من الطريق العام أو محل للعبادة أو مستشفى أو ملجأ مثلا فالمبيع هنا مال حقاً ، إلا أنه ليس قابلا للعقد لأنه مال عام لايجوز أن يتملكه أحد .

ومن المثل أيضاً للعقد الباطل ، بيع ما هو صالح للبيع حقا ، ولكن الثمن جعل شيئاً غير مال أصلا كالميتة ، أو هو مال لا يملكه المشترى كالشيء المباح . وذلك لأن معنى البيع لم يتحقق هنا ؛ لأنه يكون بيعاً بلا ثمن ، والبيع عقد من عقود المعاوضة ينزل فيه كل من المتبايعين عن عوض مملوك له ليتملك عوضاً آخر مملوكا لصاحبه .

٦٢٢ — وفى هذا كله ، يقول علاء الدين الكاسانى بأن البيع الباطل هو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد ، من الأهلية والمحلية وغيرهما . ولا حكم لهذا البيع أصلا ، لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة ، لأن التصرف الشرعى لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً . وذلك نحو بيع الميتة والدم والعَذِرَة والبول[1] ، و بيع الملاقيح والمضامين[2] ، وكل ما ليس بمال ، وكذا بيع صيد الحرم لأنه بمنزلة الميتة[3] ، وكذا بيع الحر لأنه ليس بمال ، وكذلك بيع أم الولد والمدبر والمكاتب ونحوهم لأن كلا منهم ليس بمال على الإطلاق لثبوت الحرية من وجه فى كل منهم[4] .

٦٢٣ — حـ) أما العقد الفاسد ، فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ؛ أى كان صادراً حقاً من أهله فى محله أو موضوعه القابل له ، ولكن لازمه أو عرض له أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهياً عنه شرعاً من أجله .

---

(١) بيع العذرة والبول ، ونحوها من النجاسات ، باطل عند الأحناف لأنها ليست بمال . وعند المالكية باطل أيضاً ، ولكن لأن من شروط المبيع طهارته ، إلا أن من فقهائهم من أجاز بيعها للضرورة . أنظر مواهب الجليل للحطاب ، جـ ٤ : ٢٥٨ — ٢٦١ .

(٢) الملاقيح ، مافى أرحام الأناثى ؛ والمضامين ، مافى أصلاب الذكور . أنظر البدائع ، جـ ٢ ص ١٤٥ ، بداية المجتهد لابن رشد المالكى ، جـ ٢ : ١٤٧ ؛ نهاية المحتاج ، جـ ٣ : ٥٧ .

(٣) أى فى أنه ليس قابلا للبيع للنهى عنه شرعا .

(٤) البدائع ، جـ ٥ : ٣٠٥ .

إذا ، فى البيع الفاسد وجد العقد حساً وشرعاً ؛ بوجود العاقدين اللذين هما أهل العقد ، ووجود المحل القابل له ، ولكن جاء على نحو أو صفة لا يقرها الشارع بل ينهى عنها . فهو قد وافق العقد الصحيح بسلامة أصله ، وخالفه بوجود هذا الوصف المنهى عنه شرعاً ، فيكون لذلك بين الصحيح والباطل من العقود .

٦٢٤ — من مُثل هذا العقد البيع بالخمر والخنزير ، لأنهما ليسا مالا متقوِّماً ؛ و بيع المجهول جهالة تؤدى للنزاع ، كبيع شخص داراً أو سيارة من دوره أو سياراته ولا يعيِّنها ؛ والبيع بثمن مؤجل إلى أجل غير معلوم ، كشراء دار على ألا يدفع ثمنها إلا إذا جلا الإنجليز عن مصر ؛ و بيع فدان من الأرض مثلا على أنه إن رد الثمن بعد مدة كذا كان له أن يتملكه من جديد ، والمشترى فى نظاير هذا استغلاله طول هذه المدة ، لأنه رِبا فى صورة بيع ، وكإبرام صفقتين فى صفقة ، كبيعك هذه الدار لفلان بثمن كذا على أن يبيعك سيارته مثلا[1] .

٦٢٥ — و إذا كان حكم العقد الصحيح ترتب آثاره عليه بلا نزاع ، وحكم الباطل أنه لا يعتبر منعقداً ولا موجوداً فلا يترتب عليه أى أثر ، فإن حكم العقد الفاسد يحتاج إلى تفصيل .

حكم البيع الفاسد ثبوت الملك فى الجملة عندنا[2] ، كالبيع الصحيح ، خلافاً للشافعى وغيره من أصحاب المذاهب الأخرى ، أما الباطل فلا يفيد الملك مطلقاً . وثبوت الملك بالبيع الفاسد مشروط باتصال قبض المشترى للمبيع بالعقد ، وهذا يكون إذا قبضه بإذن المالك أو بغير إذنه فى مجلس العقد على الصحيح من الأقوال[3] .

---

(١) للبيع الفاسد مثل أخرى ذكر الفقهاء الكثير منها . أنظر مثلا الهداية وفتح القدير ، جـ ٥ : ١٨٥ ومابعدها ، وص ٢١٧ ومابعدها .

(٢) هذا الملك هو حل التصرف فيه لا الانتفاع بعينه ، بلا خوف ، كالبيع والهبة والصدقة والإجارة ، ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع . البدائع جـ ٥ : ٣٠٤ .

(٣) الهداية وفتح القدير ، جـ ٥ : ١٨٨ و ٢٢٧ ؛ وهنا ذكر خلاف الشافعى فى اعتباره الفاسد والباطل سواء ، ودليلنا ودليله ؛ البدائع ، جـ ٥ : ٢٩٩ ، وفيها ذكر خلاف الشافعى ودليله ودليلنا أيضاً ؛ وانظر أيضاً الزيلعى ، جـ ٤ : ٦١ — ٦٣ ، وفيه كذلك خلاف الشافعى للأحناف وأدلة كل من الطرفين .

=

٦٢٦ — وليست كل البيوع الفاسدة تثبت هذا الضرب من الملك ، بل ذلك فيما إذا كان كل من المبيع والثمن مالا[1] ، وكان سبب الفساد أمراً أو وصفاً آخر ؛ مثل تأجيل الثمن إلى أجل غير معلوم ، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد .

وذلك لأن أركان العقد ، وهي العاقدان والمحل ، صحيحة ، والخلل فيه جاء من أمر آخر . ولهذا لو أمكن رفع هذا الأمر الذي هو سبب الفساد ، كما إذا عيّنا الأجل بعد أن كان مجهولا أو نزل صاحب الشرط المفسد عنه ، صار البيع لازماً ولا يجب فسخه .

٦٢٧ — وإذا كان هذا البيع واجب الفسخ شرعاً ، فإن الفسخ قد يسقط ولا يعود ممكناً ؛ كما إذا باع المشترى ما اشتراه أو وهبه أو تصدق به ، أو كان المبيع داراً فقبضها المشترى ثم باعها . فهذه التصرفات ونحوها من المشترى في المبيع ، لا تجعل الفسخ ممكناً ، فيلزم البيع وعلى المشترى الأول قيمة المبيع للبائع أو مثله إن كان مثلياً ، لأن البيع الفاسد لا يلزم فيه الثمن المسمى للمبيع لفساد التسمية لفساد العقد نفسه ، بل يلزم قيمته يوم القبض أو مثله[2] .

وكذلك ، مما يبطل حق الفسخ ويجعل المبيع لازماً وعلى المشترى قيمة المبيع يوم القبض أو مثله لا الثمن المسمى ، أن يكون المبيع ثوباً فقطعه المشترى وجعله رداء له ، أو قطناً فغزله ، أو غزلا فنسجه ، أو حنطة أو ذُرة فطحنها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو سمسما أو عنباً فعصره ، أو حيواناً مأكول اللحم فذبحه وطبخه مثلا ، أو أرضاً

= ومن هذه المواضع ، نعلم أن اشتراط القبض لثبوت الملك في الجملة ، لأن ثبوته قبله يؤدى إلى تقرير الفساد ، على حين أن العقد الفاسد واجب الفسخ . الزيلعي ص ٦٣ ؛ فتح القدير ص ٢٢٩

(١) الهداية وفتح القدير ، ج ٥ ، ٢٢٧ و ٢٣٠ ؛ الزيلعي ، ج ٤ : ٦١ .

(٢) الزيلعي ، ج ٤ : ٦٤ — ٦٥ ؛ البدائع ، ج ٥ : ٣٠١ و ٣٠٤ ؛ الهداية وفتح القدير ، ج ٥ : ٢٣٢ — ٢٣٣ . إلا أن الصاحبين لا يريان بناء المشترى مسقطا للفسخ الواجب ، ولا غراسه ، بل عليه نقض البناء وقلع الغراس ثم رد المبيع للبائع . الزيلعي : ٦٥ ؛ البدائع ، ج ٥ ص ٣٠٤ .

فضاء فبناها ، إلى آخر هذه التصرفات التى غيرت المبيع أو زادت فيه أو نقصت منه على ذلك النحو[١] .

٦٢٨ — و إذا كان غير الأحناف لا يفرقون ، كما عرفنا ، بين الفاسد والباطل فى البيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود الأخرى ، فإن الأحناف أنفسهم لايفرقون فى الزواج بين الفاسد منه والباطل ، بل يجعلونهما سواء ، والسبب فى هذا واضح وسهلٌ التماسه . إن جلال هذا العقد وخطره ، وقداسة العلاقة التى ينشئها بين الزوجين ، وما يقوم على هذا العقد من الأسرة ، كل ذلك لا يجعل للتفرقة معنى بين ما قد يكون منه فاسداً و بين ما قد يكون باطلا .

هذا هو صاحب الهداية يقول : « فإن تزوج حاملا من السَّبى فالنكاح فاسد ، و إن زوج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل » . ثم يقول الكمال بن الهمام ، معللا للتعبير مرة بفاسد وأخرى بباطل ، بأنه لافرق بينهما فى النكاح بخلاف البيع[٢] .

ثم نجد علاء الدين الكاسانى يؤكد أنه لا فرق فى النكاح بين باطله وفاسده ، بما يذكر من تعابير فى مواضع كثيرة فى « كتاب النكاح » ؛ فهو يقول مثلا بأن النكاح الفاسد لايفيد الحل[٣] ، كما يقول فى موضع آخر : « ولو تزوج الأختين معاً فسد نكاحهما ، لأن نكاحهما حصل جمعاً بينهما فى النكاح ، وليست إحداهما بفساد النكاح بأولى من الأخرى »[٤] . ثم يذكر فى فصل النكاح الفاسد عند الكلام على أحكامه : « والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة الخ »[٥] .

كل هذه التعابير ، وغيرها كثير ، تؤكد مانقرره من أنه لافرق عند الأحناف بين التعبير بأن هذا النكاح فاسد ، و بين التعبير بأن ذاك باطل ؛ لأنه إذا كان النكاح الفاسد « لايفيد الحل » كما يقول الكاسانى ، فماذا يكون الباطل بعد هذا !

---

(١) أنظر مثلا ، البدائع ، جـ ٥ : ٣٠٣ .

(٢) الهداية وشرحها فتح القدير ، حـ ٢ : ٣٨٢ .

(٣) البدائع ، جـ ٢ : ٢٣٦ .

(٤) المصدر نفسه ، ٢٦٣ .

(٥) المصدر نفسه ، ٣٣٥ .

العقود المكروهة

٦٢٩ — بقي، بعد الكلام على العقد الصحيح والباطل والفاسد، أن نتكلم على بعض العقود المكروهة؛ فإن منها — كما رأينا — ما لا يعتبر فاسداً، ومنها ما يعتبر فاسداً، مع النهى عنها جميعاً حتى ليأثم بلا خلاف من يقدم على شيء منها[1].

من هذه العقود، فى باب البيع، النَّجَش وهو المزايدة فى الثمن ليرغب الغير فى الشراء، مع أن الثمن وصل إلى قيمة المبيع الحقة، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز ولا بأس به لأنه عون على العدالة، لأنه بيع من يزيد ولا بأس به. وقد روى أنس أن الرسول باع قدحاً وحلساً بيع من يزيد، رواه أحمد والترمذى والحاجة ماسة إليه أحياناً[2].

ومنها تلقى الجَلَب، وهو مبادرة بعض أهل البلد لتلقى الآتين إليها، فيشترى منهم ما معهم، ثم يبيع كما يرى لأهل البلد. وهذا مكروه إن كان يضر بالأهلين، وإلا فلا يكره إذا لم يلبس السعر على الواردين، لأنه إن فعل هذا كان فيه تغرير بهم[3].

ومنها بيع الحاضر للبادى، وهنا نجد تفسيرات مختلفة لهذا البيع وكلها مكروه. قيل إن هذا البيع هو أن يكون الواحد من أهل البلدة سمساراً للآتى من غيرها[4]، وقيل هو ألا يبيع الواحد من أهل البلد ما عنده من طعام ونحوه إلا لأهل البادية طمعاً فى زيادة الثمن[5]. وكراهة هذه البيوع إذا كانت تضر بأهل البلد، وإلا فلا ضرر وتُبحث على هذا الضوء توكيلات المصانع الأجنبية.

---

(١) يرجع هنا إلى الهداية وشرحها فتح القدير، جـ ٥ : ٢٣٩ ومابعدها؛ شرح الزيلعى، جـ ٤ : ٦٧ وما بعدها؛ البدائع، جـ ٥ : ٢٨ — ٢٣٣. وعند الشافعية، إلى نهاية المحتاج، جـ ٢ : ٦٧ — ٧٣. وعند الحنابلة، إلى كشاف القناع، جـ ٢ : ٣٠—٣٣. وعند المالكية، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، جـ ٢ : ١٦٤ وما بعدها. وقد ذكر الفقهاء فى هذه المواضع الأحاديث التى استندوا إليها.

(٢) الزيلعى، جـ ٤ : ٦٧؛ شرح العناية للبابرتى على الهداية، على هامش فتح القدير، جـ ٥ : ٢٣٩؛ البدائع، جـ ٥ : ٢٣٢؛ الهداية وفتح القدير، جـ ٥ : ٢٤١.

(٣) شرح الزيلعى، ٦٨، فتح القدير، ٢٣٩ — ٢٤٠.

(٤) نقل هذا التفسير وغيره، الزيلعى، جـ ٤ : ٦٨. (٥) البدائع، جـ ٥ : ٢٣٢.

ومنها البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » .

٦٣٠ — وهذه البيوع ، ونحوها ، وإن كانت مكروهة إذا كان منها ضرر أو غرر ، هى جائزة ؛ لأن النهى هو لأمر خارج عنها ، وهو الضرر أو الغَرر أو ترك السعى لأداء صلاة الجمعة[1] . ومثلها أيضاً فى الحكم ، بيع الرطب والعنب لمن يصفه خمراً أو سكراً[2] .

وهناك بيوع أخرى قد نهى عنها ، وهى فاسدة أو باطلة ، لأن النهى عنها ليس لأمر خارج عنها ؛ بل لخلل فى أركانها ، أو لأمر أو وصف غير مشروع قد لازمها ، وفيما تقدم منها غُنية عن الكلام فيها ثانيا .

٦٣١ — بقى علينا أخيراً ، لنفرغ من هذا البحث ، أن نتكلم فى إيجاز عن أقسام العقد الصحيح ، بعد أن عرفنا أن العقد الصحيح يقابله الباطل أو الفاسد عند غير الأحناف ، وأنه قسيم للفاسد والباطل عند الأحناف .

النافذ والموقوف :

العقد الصحيح ينقسم قسمة أولى إلى نافذ وموقوف . فالأول هو تصرف من له الأهلية والولاية على إصداره ، كأغلب العقود التى نراها ونمارسها بأنفسنا ، وحكم هذا العقد وآثاره تترتب عليه فور صدوره . والموقوف هو تصرف من له الأهلية لا الولاية ، كتصرف الفضولى الذى يتوقف — مع صحته واعتبار الشارع له — على إجازة صاحب الشأن . ومن مُثل العقود الموقوفة ، عقود البيع والشراء والإجارة ، ونحوها من عقود المعاوضات المالية ، التى تصدر من الصبى المميز ونحوه فتتوقف على إجازة وليه أو وصيه ، وقد تقدم لنا دراسة ذلك ، وقد عرفنا من هذه الدراسة أن

---

(١) أنظر البدائع ، ج ٥ : ٢٣٢ - ٢٣٣ ؛ نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٦٧ ومابعدها .

(٢) نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٧٣ — ٧٤ . وعند الحنابلة أن هذا بيع غير جائز ، لا مكروه فقط . أنظر كشاف القناع ، ج ٢ : ٣١ .

الشافعي يرى بطلان العقد الذي يسميه الأحناف ومن ذهب مذهبهم من المالكية والحنابلة موقوفا

اللازم وغير اللازم :

٦٣٢ — ثم العقد النافذ ، منه ما هو لازم ، ومنه ما هو غير لازم . ويراد باللازم ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر ، كالبيع والإجارة والمزارعة والصلح والحوالة . ويراد بغير اللازم ما لكل من طرفيه أو لأحدهما دون الآخر ، فسخه ؛ كالكفالة التي للمكفول له — لا للكفيل — أن يفسخها بإبراء الكفيل ، وكالزواج الذي للزوج — لا للمرأة إلا إذا شرطت أن يكون أمرها بيدها — وحده فسخه بالطلاق[1] ، وكالرهن فللمرتهن دون الراهن فسخه . وكالوكالة والعارية والوديعة ، فلكل من طرفي العقد من هذه العقود ونحوها فسخه . والوكالة تكون لازمة ، عند المالكية ، إذ تعلق بها حق الغير[2] .

ويتبين ، مما تقدم ، أن من العقود اللازمة ما يصح رفعه وفسخه برضى طرفي العقد ، مثل البيع والإجارة ونحوها من عقود المعاوضات . كما أن منها ما لا يمكن رفعه وفسخه بحال ، مثل الخلع وهو الطلاق على مال ؛ فإنه لو أجيز للزوج فسخ هذا العقد وإرجاع الزوجة قسراً ، لما كانت أفادت شيئاً مما دفعت من مال .

٦٣٣ — هذا ، ونختم بهذه الملاحظة ، وهي أن صفة اللزوم للعقود التي تعتبر بطبيعتها لازمة تثبت ، عند الأحناف والمالكية ، بصدورها من العاقدين ، أما الشافعية والحنابلة فإنهم يثبتون لكل من العاقدين خيار المجلس في عقد البيع وما في معناه[3] . إنهم يريدون أن هذا الضرب من العقود لا يلزم إذا تفرق العاقدان ، أو إذا تخايرا

---

(١) قد يقال إن الطلاق ليس فسخا لعقد الزواج ، بل إنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره ؛ ولكنا نريد بالفسخ هنا مايشمل إنهاء العقد ، كما يشمل رفعه فكأنه لم يكن .

(٢) الحطاب على خليل ، ج ٥ : ١٨٧ و ١٨٨ .

(٣) أي من عقود المعاوضات المحضة وهي ماتفسد بفساد عوضها . نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٨٥

فاختارا لزومه وإن لم يفارقا مجلس العقد ، ولو اختار أحدهما فقط لزوم العقد سقط حقه فى الخيار وبقى حق الآخر[١] .

ويستندون فى هذا إلى قول الرسول : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر . فإن خيّر أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع . وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع ، فقد وجب البيع »[٢] . أى صار لازماً لا يقبل الفسخ بالخيار .

ثانياً — العقد حسب طبيعته أو اتصال حكمه بصيغته

٦٣٤ — ركن العقد ، كما تقدم معرفته ، هو الإيجاب والقبول ، فبهما يوجد العقد بين الطرفين المتعاقدين . ولكن ، هل يتم العقد بذلك وتترتب أحكامه فوراً عليه فى كل حال ؟ هنا نرى أن صيغة العقد — وأحياناً طبيعة العقد نفسه أيضاً — هى الفصل فى هذا ؛ فبعضها يفيد ترتب الأحكام عليها فى الحال ، وبعضها لا يفيد ذلك إلا فى المستقبل فى زمن يتحدد بين العاقدين وبرضيانه ، وبعضها ربما لا يترتب عليها ذلك مطلقاً لأنه قد عُلق على شرط قد يكون وربما لا يكون .

إذاً ، من العقود ما هو منجز ، ومنها ما هو مضاف إلى المستقبل ؛ ومنها ما هو معلق على شرط من الشروط قد يكون حاصلا وقت العقد ، وقد يحصل بعده ، وربما لا يحصل مطلقاً ؛ ومنها ما هو فوراً ، وما هو مستمر أو متجدد .

٦٣٥ — ا) العقد المنجز :

العقود المنجزة هى التى تكتفى فيها صيغة الإيجاب والقبول لترتب آثارها عليها فى الحال ، إن كان العقد مما لا يحتاج فى تمامه لقبض المعقود عليه ، مثل البيع والإجارة فبمجرد صدور الإيجاب والقبول ، فى عقد من هذين العقدين أو نحوهما يتم العقد ،

---

(١) نهاية المحتاج ، ج ٣ : ٨٥ ومابعدها ؛ كشاف القناع ، ج ٢ : ٤٤ ومابعدها .

(٢) أنظر هذا الحديث بعبارة أوجز فى كشاف القناع ، ج ٢ : ٤٦ ؛ واللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ : ١٠٠ . وتوجد فى ص ١٠٠ ومابعدها ، الأحاديث المعروفة فى النهى عن بعض البيوع .

ويكون على كل من طرفى العقد ما التزمه ؛ نعنى انتقال ملكية المبيع ، مثلا للمشترى ، وثبوت الثمن ديناً فى ذمته ، وكل ذلك فى الحال فور صدور صيغة العقد من الطرفين متى كان العقد مستوفياً شرائطه.

أما إذا كان موضوع العقد مما يجب فيه القبض ، مثل الهبة والقرض والعارية والرهن ، فإن مجرد صدور الصيغة لا يتم بها العقد ، بل لابد فيه من قبض المعقود عليه ليكون تاماً مفيداً لأحكامه ملزماً لآثاره[1] .

٦٣٦ — هذا ، وإذا كان الأحناف والشافعية[2] يجعلون القبض شرطاً فى لزوم عقد الهبة وترتب ما يوجبه من التزامات عليه ، فإن المالكية يرون أن الالتزام يجيء من الصيغة نفسها بلا حاجة لقبض الموهوب ، وكذلك الأمر عندهم فى العارية والرهن أيضاً[3] : ومن ثم ، يرون — أى المالكية — أن للموهوب له أن يطالب الواهب بتسليم ما وهب لأنه صار ملكه ، وللمستعير المطالبة بتسلم ما أعير له للانتفاع به المدة المحددة ، وللمرتهن مطالبة الراهن بتسليمه العين التى ارتهنها . إلا أنه ، أى الإمام مالك ، يرى أن الرهن وإن كان يلزم بمجرد صدور صيغته ، فهو لا يتم ، بمعنى أن يكون للمرتهن حق امتياز على العين ، إلا بالقبض لقوله تعالى : « فَرِهانٌ مقبوضة » .

---

(١) نذكر هنا ، أن هذه العقود ونحوها تقع صحيحة بمجرد الإيجاب والقبول ، ولكن القبض فيها شرط لتمامها ولزومها وترتب أحكامها عليها . غير أن هناك عقوداً أخرى لا تصح بلا قبض ؛ كالسلم فلابد فيه من قبض الثمن فى المجلس ، والصرف فلابد فيه من قبض البدلين فى المجلس أيضاً ، فذلك شرط الصحة فى كل منهما .

(٢) عند الأحناف ، انظر حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح متن تنوير الأبصار ، حـ ٥ : ٣١٧ - ٣١٨ ، فى الرهن والهبة والصدقة ؛ وأيضاً حـ ٤ : ٥٣١ — ٥٣٣ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥٧ فى باب الوكالة ، حيث ذكر أن هذه العقود وأمثالها لا تلزمها آثارها إلا بالقبض .

(٣) لا لزوم للقبض فى كل ذلك ، حتى ليصح رهن مالم يوجد بعد أو ما فيه غرر كثمرة لم يبد صلاحها « فشيء يتوثق به خير من عدمه » ، الشرح الصغير حـ ٢ : ١٢١ وراجع فى العارية ٢٢٦ — ٢٢٧ — ٢٢٩ ، حيث لم يذكر من شروطها القبض ، وليس للمعير استردادها قبل الوقت ؛ وفى الهبة ، راجع ص ٣٤٤ ؛ ففيها أن الهبة تلزم بلا قبض ، حتى لو مات الموهوب قبله كانت لوارثه .

والشافعية والحنابلة[١] يذهبون فى الرهن مذهب الأحناف . ولكنهم يرون معاً أن العارية ليست إلا إباحة ، لا عقداً بالمعنى الأخص المعروف ، وإذاً فلا يلزم المعير بحال أن يمضى فيها ولو كان قد ضرب لها أجلا محدوداً .

٦٣٧ — وإذا كان لابد فى بعض العقود من قبض محل العقد ، فبماذا يكون القبض ؟ يرى الأحناف أنه يكون بتخلية البائع مثلا بين المبيع والمشترى على وجه يتمكن المشترى من تسلّمه والتصرف فيه ، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولا[٢] . وعند الشافعى أن المبيع إذا كان عقاراً ، كان قبضه حقاً بالتخلية ، وإذا كان منقولا كان قبضه بأخذه فعلا باليد فى نحو العقود ، وبنقله فى الثياب والطعام ونحوهما ، وبالوزن والكيل فى الموزون والمكيل ، وفى نحو البهيمة بالسير من مكانها ، وهكذا . فالضابط فى القبض عند الشافعية ، هو ظهور يد المشترى على ما اشتراه ، وذلك يكون فى كل شىء — من عقار أو منقول على اختلاف ضروب المنقول أيضاً فى ذلك — بحسبه .

والأحناف ، إزاء ذلك ، يؤكدون أن القبض يتم بالتخلية فى سائر الأموال[٣] ، ولكنهم اختلفوا بعد هذا فى أن التخلية تعتبر قبضاً تاماً ، أو أنه لايتم إلا بمثل ما ذكر الشافعى على أنه لاخلاف بينهم فى أنه لايحل المشترى أن ينتفع أو يتصرف فى المبيع ، إذا كان قليلا أو موزوناً ، قبل كيله أو وزنه ، للأحاديث التى وردت فى ذلك[٤] .

---

(١) انظر فى الرهن عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٢٦٨ ؛ وفى الهبة عندهم ، راجع الكتاب نفسه ، حـ ٤ : ٣٠١ وراجع عند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ١٤٤ و ١٥٠ ؛ وكذلك منتهى الإرادات على هامشه ، حـ ٢ : ٩٣ . وفيهما أن الرهن من شروطه التنجيز ، فلا يصح كالبيع مع التعليق .

(٢) وإن كان عقاراً ، وجب أن يفرغه البائع من أمتعته وأمتعة غيره .

(٣) حتى لو هلك المبيع بعد التخلية ، يهلك على حساب المشترى .

(٤) راجع فى هذا وما قبله ، البدائع حـ ٥ : ٢٤٤ — ٢٤٥ ؛ ابن عابدين ، حـ ٤ : ٤٤ — ٤٥ ؛ نهاية المحتاج عند الشافعية ، حـ ٣ : ١٥٢ — ١٥٥ . والحنابلة أميل لمذهب الشافعية ، راجع كشاف القناع حـ ٢ : ٨٣ — ٨٤ .

٦٣٨ — والأصل فى العقود أن تكون ناجزة فى الحال ، لا مضافة لزمن يأتى ولا معلقة على شرط ، ما عدا الوصية والإيصاء ، فهما لا يمكن أن يكونا ناجزين لإضافتهما حتما إلى ما بعد وفاة الموصى ؛ سواء الوصية بشىء لجهة أو شخص ما ، والوصية بإقامة وصى على من تحت ولايته من الأبناء ، وهذا ما يسمى إيصاء . فهذان العقدان ، لا يفيد كل منهما آثاره وأحكامه إلا بعد وفاة الموصى .

٦٣٩ — ب) العقد المضاف للمستقبل .

وإذا لم يكن العقد منجزاً فى الحال ، كان محتملا حالتين : أن يكون مضافاً للمستقبل ، أو معلقاً على شرط قد يوجد أو لا يوجد .

والعقد المضاف ، مثل ما يحدث عادة بين مالكى الدور أو الأراضى و بين المستأجرين ، من تأجير ما يملكون على أن تبدأ الإجارة من يوم معين يتراضى عليه طرفا العقد .

فالواحد منا يستأجر مسكناً له اليوم ، ولا تبدأ الإجارة إلا بعد شهر مثلا ، والزارع يكتب عقد إيجارة ضَيْعة من الضِّياع قبل الزمن المحدد لاستلامها واستغلالها فعلا ، والمسافر يستأجر مكانه فى قطار أو باخرة مّا قبل سفره فعلا بمدة تطول أو تقصر حسب الأحوال ، وهكذا من صور العقود العديدة المضافة لزمن معين فى المستقبل القريب أو البعيد .

وهذا النوع من العقود صحيح ، وهى أسباب لأحكامها وآثارها التى تكون عنها فى الزمن المحدود برضاء طرفى العقد .

٦٤٠ — ج) العقد المعلق على شرط :

قد يشتبه على بعض الناس هذا النوع من العقود ، بالنسبة للنوع السابق ، نعنى العقود المضافة ، مع أن بين هذين الضرب بين فرقاً كبيراً واضحاً .

العقد المضاف هو ، كما عرفنا ، عقد تام و يعتبر سبباً لحكمه وآثاره ، غاية الأمر أن هذه الآثار لا تكون إلا فى الزمن الذى عينه المتعاقدان لها .

أما العقد المعلق ، فهو عقد لا يمكن أن يعتبر موجوداً حقاً إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه ، وهذا الشرط قد يوجد وربما لا يوجد . فمن يريد أن يصلح بين متنازعين ويقول لأحدهما إن ظهر أن لك عليه حقا فأنا ضامن أو كفيل به ، ثم ظهر بعد تصفية النزاع أن أحدهما يدين الآخر بمبلغ من المال ، كان المتوسط كفيلا به ، إذ وجد الشرط الذى علق عليه عقد الكفالة . ومثل أن يقول أحد من الناس لغيره : وكلتك فى شراء كذا من السوق إن وجدته بالسعر الفلانى ، ثم وجده ، كان هذا الغير وكيلا بشرائه لصاحبه[1] .

٦٤١ — وإذا كان العقد المعلق ، قد يكون إذا وجد المعلق عليه ، وربما لا يكون إذا لم يتحقق هذا الأمر ، فلا يمكن أن يكون سبباً لحكمه وآثاره فى الحال بل لا يكون كذلك إلا عند وجود الأمر الذى علقه العاقد عليه ، بخلاف الحال فى العقد المضاف ، فإنه عقد قد وجد فعلا وصار علة أو سبباً لحكمه ، وإن كان هذا الحكم يكون فى زمن قد تحدد فى المستقبل بين طرفى العقد برضائهما معاً .

هذا عند الحنفية ؛ أما الشافعى فلا يفرق بين المضاف والمعلق فى أن كلا منهما سبب فى الحال لحكمه وآثاره التى تترتب عليه ، متى جاء الزمن المضاف إليه ووجد الأمر المعلق عليه . وهنا يقول أبو حنيفة بأن العقد المعلق لا يكون علة حقاً إلا عند وجود الشرط المعلق عليه ، وهو على خطر إذ ربما لا يوجد مطلقاً ، وقبل هذا يكون علة اسما فقط .

وقد يساعد هذا الرأى أن المعلول لا يمكن أن يتأخر فى الوجود عن علته كما هو معلوم فى الفلسفة ، وإذاً فلا يكون العقد المشروط بما ربما لا يكون علة ، موجوداً فى الحال ، ونعتقد أن هذا حق وواضح . وقول الشافعى بأنه يكون علة فى الحال ،

---

(١) من العقود المعلقة ما هى كذلك فى الصورة والظاهر من اللفظ ، وإن كانت ناجزة فعلا ؛ كأن يقول رجل لآخر أنا كفيل لك عن فلان إن كان مديناً لك بمائة من الجنيهات مثلا ، ثم يكون هو مديناً فعلا ، فعقد الكفالة ينعقد ويكون ناجزاً فى الحال . ومنها على الضد من هذا ما يكون معلقاً صورة أيضاً ، ولكنه لن يكون ناجزاً ولا منعقداً لا فى الحال ولا فى الاستقبال .

ولكن لا تعمل عملها إلا عند وجود الأمر المعلق عليه ، قول لا يتفق والنظر الفلسفى الذى يوجب تلازم العلة والمعلول ، و إلا لما كانت العليّة هى الرابط بينهما .

ذلك ، وليست العقود جميعُها تقبل الإضافة أو التعليق ، بل منها ما يجب أن يكون منجزاً ، ومنها ما هو مضاف للمستقبل بطبعه ، ومنها ما يقبل التعليق على نوع خاص من الشروط . . . و إذاً ، فلنذكر تقسيم العقود بالنسبة للإضافة ، ثم بالنسبة للتعليق .

ا – قسمة العقود بالنسبة للإضافة :

٦٤٢ — تنقسم العقود من هذه الناحية إلى أقسام ثلاثة :

ا) عقود لا يمكن بطبيعتها أن تنعقد إلا مضافة لزمن مستقبل ، وهى الوصية والإيصاء ، فكل منهما — كما بيَّنا من قبل — لا يكون عقداً إلا بعد وفاة الموصى ، و إن لم يصرح بذلك فى كلامه . غير أن كلا منهما قد يكون مع هذا معلقاً على شرط أو لا يكون .

مثال التعليق ، أن تقول إن ربحت ألف جنيه من هذه العملية التجارية فهى وصية للفقراء بعد موتى ؛ فإن تحقق الربح وجد العقد ، ولكن لا يأخذ حكمه إلا بعد الوفاة . ومثال الوصية غير المعلقة ، أن تقول ثلث ما أملك وصية للفقراء ، أو نحوه .

ب) عقود لا تنعقد إلا ناجزة غير مضافة ، ومنها الزواج ، والعقود التى تفيد الملك فى الحال ؛ كالبيع ، والصلح على مال ، والإبراء من الدين . وذلك لأن هذه العقود يمكن نفاذها فى الحال ، فلا يصح إرجاء أحكامها عن صيغتها التى هى أسباب حقة لها . ولأن الشارع جعلها ، مع هذا ، لإفادة آثارها فى الحال ، فتأخير هذه الآثار ينافى أصل وضعها الشرعى ، و بخاصة وهذا النفاذ فى الحال هو خاصة العقود كلها ، إلا ما لا يمكن تحقق ذلك فيه فى الحال .

حـ) عقود تصح ناجزة فور تحقق صيغتها ، كما يصح أن تضاف إلى زمن مستقبل محدد تكون فيه أحكامها وآثارها . ومن هذه العقود ما يفيد التمليك حقاً

إلا أنه تمليك منفعة تتحقق ساعة فساعة ، أى لا فى الحال ؛ مثل الإجارة ، والعارية ، والمزارعة ، والمساقاة .

٦٤٣ — ففى هذه العقود ، وأمثالها ، لا يمكن أن تتحقق المنفعة المعقود عليها دفعة واحدة ، فيقال بوجوب أن تكون ناجزة فور الصيغة ، ولهذا يصح ألا يبدأ ترتب حكمها على الإيجاب والقبول إلا فى الوقت الذى يتراضى عليه المتعاقدان .

ومن هذه العقود ، الكفالة والحوالة من الالتزامات ، لأن كلا منهما لا يترتب عليه أثره فى الحال بطبيعته ، فقد ينعقد كل منهما ولا يؤدى الكفيل أو المحال عليه الدين إلا فى المستقبل ، ولذلك يصح إضافتهما لزمن يكون بعد العقد .

ومنها أيضاً ، عقود من عقود الإسقاط ، كالطلاق والعتق والوقف ، ففى كل منها إسقاط لما يملكه العاقد ، فله أن يؤخره إلى الزمن الذى يريد إضافته إليه ، وبخاصة وليس هناك من يطالبه بنفاذ آثارها فوراً .

ومنها أخيراً ، عقود هى إطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان محظوراً عليه ؛ مثل الوكالة ، والقضاء ، والإدارة ونحوها من الأعمال التى تتصل بغير القائم بها ؛ والإذن للصبى أو العبد فى التجارة . فلمن يصدر منه عقد من هذه العقود تأخير ترتب آثاره عليه إلى زمن يضيفه إليه ، لأنها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حال صدورها ، بل هذه الأحكام تتجدد آناً فآناً ، فصح إذاً إضافتها للمستقبل .

ب — قسمة العقود بالنسبة للتعليق :

والعقود من هذه الناحية ثلاثة أقسام كذلك :

٦٤٤ — ا) عقود لا تقبل التعليق بحال مّا[1] ؛ وهى كل عقد يفيد الملك بطريق التبرع كالهبة ، أو بطريق المعاوضة كالبيع . وسواء أكان الملك ملك عين كما تقدم أم ملك منفعة كالإجارة والعارية . ومن هذه العقود أيضاً عقود الزواج ، والخلع ، والرهن ، والحجر على المأذون له فى التجارة .

---

(١) نلاحظ هنا أن المراد بأن هذا العقد أو ذاك لا يصح تعليقه ، أنه يفسد بالتعليق ، لا أن التعليق يبطل ويكون العقد صحيحاً . انظر ابن عابدين أصلا وحاشية ، ٤ : ١٢٣ — ١٢٤ .

فلا يصح عقد الهبة إن قلت مثلا: وهبتك مكتبتي إن سافرتُ لأوربا هذا العام أو إن قلت لابنك : وهبت لك هذه الساعة إن كنت الأول بين الناجحين هذا العام وكذلك البيع ، حين تقول مثلا : بعتك هذه الدار إن تمكنت من شراء دار فلان ؛ والإجارة بقولك : أجرتك هذه الأرض بكذا ، إن لم يستأجرها غيرك بأكثر من هذا المبلغ ؛ والعارية ، مثلا ، بقولك : أعرتك هذه السيارة مدة شهر ، إن تم لى شراؤها .

ولا يصح أيضاً الزواج بقولك : تزوجتك إن رضى أهلى ، ولا الخلع بقولك : خالعتك على كذا إن صح ما تخافينه من زواجى بفلانة ؛ ولا الرهن بقولك : رهنتك هذه الأرض مدة كذا ، إن اشتريت الدار أو العزبة الفلانية ؛ ولا الحجر بقولك : إن سافرت لأوربا أو إسكندرية ، فأنت ممنوع أو محجور عليك فى التجارة .

٦٤٥ — هذه العقود ، وأمثالها ، لا يصح فيها التعليق فى أية حال و بأى شرط لأن التعليق بأمر قد يوجد وربما لا يوجد يجعلها على خطر ، وبخاصة وشأن ما يفيد الملكية أن يكون جازماً لا تردد فيه ، وإلا كان الأمر أشبه بالقمار . فمن مصلحة طرفى العقد أن يكون كل منهما على بينة من أمره ، فتتم الصفقة بلا توقف ، أو ينظر إلى غيرها[1] .

وهنا ، نجد صاحب الفروق يقول : إن انتقال الأملاك يعتمد الرضا والرضا إنما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ؛ فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاجة وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار فى ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده الخ[2] » .

٦٤٧ — وهذا كلام طيب معقول ، ولكن لا دائماً . لأننا نرى أنه يجب أن يصح تعليق البيع أو الإجارة ونحوهما بالشرط المناسب ، فإنه إذا كان مالك الأرض

(١) إننا لا نرى بأساً من تعليق التبرع على شرط ، وإن كان ربما لا يوجد ، مادام المتبرع يملك الرجوع عن تبرعه ، فبالأولى يملك تعليقه ، وما على المحسنين من سبيل ! ولهذا أجاز مالك التعليق فيها .

(٢) حـ : ٢٧٦ . وانظر الشرح الكبير للدردير ، حـ ٣ : ٧٣ — ٧٥ .

زارعاً لها فعلا ، لم لا يصح أن يبيعها أو يؤجرها وقت قيام الزرع على أن يلزم حكم البيع أو الإجارة بعد حصاده ؟ إن هذا يكون فى معنى استثناء بعض منفعة المعقود عليه للمالك ، وقد أجازه كثير من الفقهاء كما تقدم بيانه .

وكذلك ، لم لا يصح رهن الدار بعد انتقال الراهن منها فى أثناء مدة معينة ، أو الأرض بعد حصاد ما يكون فيها من زرع ؟ ولم لا يصح تعليق الحجر بشرط ملائم لعقد الحجر ، كوقوع المأذون له فى التجارة فى خسارة بينة أو غبن فاحش ؟

بقى الزواج والخلع ، وعدم جواز التعليق فيهما واضح لطبيعتهما ، وذلك لخطر العلاقة الزوجية ، إثباتاً أو رفعاً ، فلا يصح أن تقوم مع تعليقها على ما قد يكون وربما لا يكون ، بل إن الاستقرار فيها واجب من أول الأمر .

٦٤٨ — ب) وعلى العكس تماماً مما تقدم ، هناك عقود يصح فيها التعليق بأى شرط ، أى سواء كان مناسباً ملائماً لطبيعتها أم غير ملائم .

ومن هذا الضرب من العقود ما يكون إسقاطاً محضاً ؛ كالطلاق إذا قال الزوج لامرأته إن خرجت متبرجة للسوق فأنت طالق ؛ والعتق إذا قال المالك لعبده أنت حر إن نجحت فى القيام بهذا العمل ؛ والنزول عن الشفعة لمن يستحقها كما إذا قال إن كان المشترى هو فلان ، أو إذا كان الثمن هو كذا . فقد أسقطت حقى فيها .

ومنها الوكالة والوصية والإيصاء . أما الأولى فلأنها ، كما قلنا من قبل ، بطبيعتها لا تفيد آثارها وقت صدورها ، بل حين مزاولة العمل آناً فآناً ؛ كالوكيل فى الشراء لا يعمل إلا حين يجد السلعة ، وفى الدفاع لا يعمل إلا حين ترفع الدعوى[1] . وأما الوصية والإيصاء ، فلما تقدم أيضاً من أنهما لا يترتب عليهما آثارهما إلا بعد وفاة الموصى فعلا ، ولهذا لا عبرة برد الموصى له قبل الوفاة أو قبوله .

ومنها ، أخيراً ، الالتزامات التى يراد منها تقوية الملتزم نفسه وتشديد عزمه على

---

(١) وبخاصة ، والوكالة من العقود غير اللازمة ، فللموكل الرجوع عنها متى أراد ، فبالأولى يكون له تعليقها على الشرط الذى يريد .

القيام بعمل ؛ مثل أن يقول الإنسان : إن شفانى الله من هذا المرض ، أو نجحت بتفوق فى هذا الامتحان ، أو نجحت فى هـذه العملية التجارية ، أو نلت هذه الوظيفة ، لله علىّ أن أحج هذا العام أو أصوم أيام الاثنين والخميس من كل أسبوع .

٦٤٩ — جـ) وهناك ، بعد هذين الضربين من العقود ، عقود أخرى وسط بينهما ، إذ تجوز مع التعليق ، ولـكن على الشرط المناسب أو الملائم لها ، لا على كل شرط كيف كان . والشرط الملائم ، هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، عرفاً أو شرعاً ، بأن يكون أساساً لوجوده ، أو سبباً لثبوت الحق .

وهذه العقود ، كالـكفالة حين يعلق الـكفيل ضمان الثمن باستحقاق المبيع ، أو يقول إن أقرضت صديقى فلاناً مبلغ كذا فأنا ضامن له ، وهكذا من الصور المماثلة . وكالحوالة ، حين يقول المدين مثلا للدائن : إن لم أدفع لك دينك بعد شهر ، فقد أحلتك به على فلان ، أو يقول فلان هذا للدائن : إن لم يدفع لك المدين دينك بعد شهر فأنا قابل للحوالة علىّ به ، وهكذا . كالإذن للصبى أو للعبد فى التجارة ، بأن يقول الولىّ أو السيد مثلا : إن ثبت لى إحسانك للبيع والشراء ، فقد أذنت لك فى التجارة .

٦٥٠ — أما التعليق بمـا لا يكون ملائماً للعقد من شروط فلا يصح ، كتعليق الـكفالة أو قبول الحوالة بالدين بنجاح ابنه فى الامتحان مثلا ، فإن التعليق على مثل هـذه الشروط يعتبر ضرباً من العبث أو الهزل ، ولا تصح العقود مع الهزل كما هو معروف[1] .

---

(١) يرجع إلى الهداية والعناية وفتح القدير حـ ٥ : ٤٠٤ ومابعدها ؛ والمبسوط حـ ١٩ : ١٧٤ ومابعدها ؛ وحـ ٢٠ : ٢ ومابعدها .

لقد جاء فى الهداية : « ويجوز تعليق الـكفالة بالشروط ؛ مثل أن يقول : مابايعت فلانا فعلىّ ، أو ماذاب لك عليه فعلىّ ، أو ما غصبك فعلىّ . . ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها ؛ مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع ، أو لاستيفائه مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه ، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة ... [و] لا يصح التعليق بمجرد الشرط ، كقوله : إن هبت الريح أو جاء المطر . وكذا إذا جعل كل واحد منهما =

العقد الفوري والعقد المستمر

٦٥١ — وهذا تقسيم أخير للعقد باعتبار طبيعته . فإن من العقود ما تقتضى طبيعتها تنفيذها فور إنشائها ، بمعنى أن يتم الغرض أو الغاية منها بعد الإيجاب والقبول ؛ كالبيع الذى به يملك المشترى المبيع والبائع الثمن بعد إنشائه[1] ، والزواج الذى يحل استمتاع كل من طرفيه بالآخر متى صدر الإيجاب والقبول ، وهكذا أغلب العقود التى عرفناها ، وتسمى العقود الفورية التنفيذ .

ومن العقود طائفة قليلة أخرى لا يمكن ، بحسب طبيعتها أيضاً ، أن يتم تنفيذها من الجانبين فور إنشائها ، بل هذا التنفيذ يتطلب من أحد العاقدين وقتا يتم فيه آناً فآناً ، أى لا يتحقق المعقود عليه — الذى يقتضى تنفيذه فترة طويلة أو قصيرة من الزمن — إلا شيئاً فشيئاً بمضى الزمن ، فهو تنفيذ مستمر متجدد أو متعاقب ، ومن ثم تسمى عقوداً مستمرة أو متجددة Contrats à exécution successives وأهم هذه العقود ، عقد الإجارة ، سواء أكانت إجارة شىء أم شخص ، ثم عقد الوكالة فى بعض صورها[2] .

= أجلا ، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ؛ لأن الكفالة ، لما صح تعليقها بالشرط ، لا تبطل بالشروط الفاسدة ، كالطلاق والعتاق » وماجاء فى الفتح لايخرج عن هذا ، فإنه شرح وتوضيح له .

وجاء فى العناية : يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم ؛ مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق ، كقوله إذا استحق المبيع ؛ أو لإمكان الاستيفاء ، مثل أن يقول إذا قدم زيد وهو المكفول عنه ، أو لتعذر الاستيفاء ، مثل قوله إذا غاب عن البلدة ، أو إذا مات ولم يدع شيئاً ، أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلىّ . ولايجوز بشرط مجرد عن الملاءمة ، كقوله إن هبت الريح أوجاء المطر » .

هذا ، وانظر فى باب تعليق العقود وإضافتها بصفة عامة ، ماسبق أن نقلناه عن الفتاوى الهندية والزيلعى وفتح القدير وغيرها فى الكلام عن الشروط الصحيحة والفاسدة والباطلة . وراجع أيضاً ، الزيلعى ، حـ ٤ : ١٥٣ — ١٥٤ فى الكفالة ؛ ومذكرة الالتزامات فى الشرع الإسلامى للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٦٩ ومابعدها ؛ ومقال العقود والشروط والخيارات له أيضاً فى العدد السادس من السنة الرابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٦٦١ ومابعدها .

(١) إن لم يكن فيه خيار على ماهو معروف .

(٢) أفدنا هنا من « عقد المدة » رسالة نال بها الدكتوراه الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى ، وهو بحث قيم . وراجع فى بعض مثل هذا الضرب من العقود ، ص ٢٦ ومابعدها ، ٤٠ ومابعدها .

٦٥٢ — ففى عقد الإجارة نرى أن المعقود عليه هو منفعة العين أو الشخص المستأجر ، وهذه المنفعة لا توجد فور الإيجاب والقبول ، بل توجد للمستأجر شيئاً فشيئاً مع الزمن ، ولذلك صح للفقهاء القول بأنه عقد شُرع على خلاف القياس لحاجة الناس إليه ، إذ القياس كان ألا يصح لعدم وجود المعقود عليه حين العقد[١] . وإن كان الإمام الشافعى يقول بأن المنفعة تُصَوَّر وجودها كلها وقت العقد ، فجاز العقد عليها كأنها عين من الأعيان لا عَرَض ينقضى بانقضاء الزمان[٢] .

٦٥٣ — ولهذا الاختلاف فى تصوير قيام عقد الإجارة بين الأحناف والشافعية أثره الكبير من ناحيتين :

ا) ناحية اعتباره عقدا واحداً ، أو عقوداً متجددة يتلو بعضها بعضا .

ب) ناحية تعود إلى التطبيق ؛ بمعنى هل ينفسخ العقد بالأعذار التى تحول بين المستأجر والمنفعة ، أو لا ينفسخ بذلك ؛ ثم ما أثر هذا أو ذاك فى استحقاق الأجرة عن المدة الباقية عند عدم التمكن من الانتفاع ، أو عدم استحقاقها .

٦٥٤ — فمن الناحية الأولى ، نجد الشافعية يعتبرونها عقداً واحداً بلا ريب ، ما داموا يتصورون المنفعة موجودة كلها حين العقد ، فكأنها عين تباع وتشترى ، وليس الأمر كذلك عند الأحناف . إن الناظر فى كتب هؤلاء يرى كثيراً أمثال هذه التعابير[٣] : « كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله ، كأنه عقد عليه عقداً « مبتدأ » ؛ المنافع تحدث شيئاً فشيئاً ، والعقد ينعقد حسب حدوث المنافع » ؛ « كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لأنه يتجدد و يحدث شيئاً فشيئاً » ؛ الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكأن كل جزء من أجزاء المنافع معقود [عليه] عقدا مبتدأ » .

---

(١) البدائع ، حـ ٤ : ١٧٤ — ١٧٥

(٢) نفسه ، ص ١٧٩ ، ٢٠١

(٣) البدائع ، حـ ٤ : ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٨١ ، ١٩٥ . وانظر فى كل من هذه المواضع التطبيقات العملية على هذا الأصل ، مع الخلاف فى بعض هذه التطبيقات .

هذه التعابير قد توحى بأن الإجارة ليست عقداً واحداً ، بل عقوداً متعددة ، ما دام كل جزء من أجزاء المنفعة — وهى محل العقد — معقوداً عليه ، وهذه الأجزاء تحدث مع الزمن شيئاً فشيئاً . إلا أن هذا اعتبار لا يتفق مع الواقع فعلا ؛ فإن ركن العقد هو الإيجاب والقبول ، وهما لا يصدران إلا مرة واحدة فى كل عقد حتى عقد الإجارة ، فلا يمكن القول بأن هذا العقد بخصوصه عقود متعددة ، بل هو بلا ريب عقد واحد يُفرض أنه متعدد أو مستمر أو متجدد طوال المدة المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر ، إذ يتم تنفيذه شيئاً فشيئاً[1] .

٦٥٥ — ومن الناحية الثانية ، وهى ناحية التطبيق ، نرى الشافعية لا يجيزون فسخ عقد الإجارة بكثير من الأعذار والأسباب التى ينفسخ بها عند الأحناف ، فالإجارة لا تُفسخ عند الأولين لهذه الأعذار وأمثالها[2] :

ا) تعذّر وقود حَمّام مستأجَر ، أو عدم إمكان دخول الناس فيه لخراب ماحوله وقد كان عامراً حين العقد .

ب) إبطال أمير البلد التفرج فى السُّفُن ، وقد اكتراها أحد الناس لذلك .

حـ) تعذر السفر بالدابة المستأجرة .

د) بهلاك الزرع بجائحة كجراد أو سيل ، وليس للمستأجر أيضاً حط شىء من الأجرة ، لانتفاء الخلل فى منفعة الأرض !

هـ) بموت أحد العاقدين أو كليهما ، لأنها عقد لازم ، ووارث من مات يقوم مقامه فى تنفيذ العقد . لـكنها تنفسخ بهلاك العين المستأجرة نفسها كالدابة مثلا .

و) انقطاع ماء أرض استؤجرت للزراعة ، لبقاء الأرض موضوع العقد ، مع إمكان سقيها بماء آخر ، ولـكن يثبت الخيار للمستأجر بسبب هذا العيب .

---

(١) وقد انتهى الدكتور حجازى إلى هذه النتيجة ، بعد عرض رأى القائلين بأنها عقود متعددة ورأى القائلين بأنها عقد واحد . انظر عقد المدة ، ص ٨٣ ومابعدها ، ص ٢٣٧ .

(٢) نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٢٢٨ — ٢٣٠ ، ٢٣٣ . فـكأن الضابط فى ذلك ، هو بقاء العين المستأجرة أو عدم بقائها ، دون نظر إلى المنفعة وإمكانها أو عدم إمكانها .

٦٥٦ — على حين أن الأمر عند الأحناف جِدُّ مختلف . فعقد الإجارة يفسخ من الأعذار ، مثل :

ا) أن يُفلس التاجر الذى استأجر الدكان ليتّجر فيه[1] ، أو ينتقل من التجارة إلى الزراعة ، أو من الزراعة للتجارة وقد كان استأجر الأرض لزراعتها . لأن بقاء العقد قائمًا ضرر للمستأجر لفوات المنفعة المعقود عليها ، وفى إكراهه على عدم تغيير حرفته أو عمله ضرر أيضًا ، ولا ضرر ولا ضرار فى الشريعة .

ب) أن يريد مستأجر دكان أو أرض السفر من البلد نهائياً ، لأن مصلحته فى ذلك . وأن يريد عدم السفر لمنفعة بدت له ، وقد كان استأجر دابة أو سيارة ليسافر عليها .

جـ) أن يضطر مؤجر الدابة أو السيارة أو العقار إلى بيع ما أجره لقضاء دين لا شك فى ثبوته عليه ، ولا يجد وسيلة أخرى لقضائه ، دفعاً للضرر عنه إذا لم يؤد الدين .

د) موت المستأجر ، ومن ذلك موت الصبى الرضيع تنفسخ به إجارة المرضعة له لأنه هو المعقود له .

هـ) انقطاع الماء الذى تدور به الرَّحَى المستأجرة ، أو تُسقى به الأرض الزراعية ، لعدم التمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها . وهنا خلاف فى أن العقد ينفسخ من نفسه ، أو يثبت حق الفسخ للمستأجر[2] .

٦٥٧ — ومردّ الخلاف فى هذه التطبيقات ونحوها ، أو فى انفساخ عقد الإجارة بالأعذار أو عدم انفساخه ، هو أن الإجارة عند الشافعى ضرب من البيع لتمام العقد بالاتفاق بين الطرفين كما فى البيع ، فيكون عقداً لازماً لا ينفسخ إلا باتفاقهما

---

(١) قارن هذا ، بما يراه الشافعية من أن احتراق أمتعه حانوت ليس عذراً فى انفساخ عقد الإجارة ، نهاية المحتاج جـ ٤ : ٢٢٩

(٢) راجع فى هذه الحالات وغيرها ، البدائع جـ ٤ : ١٩٧ — ١٩٨ ، ٢٢٢ — ٢٢٣

حتماً . وربما جاز للشافعى أن يقول ، تتمة لحجته ، بأن من اشترى محلا ليكون مصنعاً له ، ثم بدا له ترك الصناعة إلى الزراعة لم يكن هذا عذراً يبيح له فسخ العقد .

لكن الأحناف يقولون بأن المعقود عليه فى الإجارة هو المنفعة لا الشىء نفسه ، على حين أن المعقود عليه فى البيع الشىء نفسه ، والمنافع تتجدد ساعة فساعة ، فوجب أن تنعقد الإجارة ساعة فساعة أيضاً حسب حدوث أجزاء المنفعة . على حين يقول الشافعى — كما ذكرنا من قبل — بأن منافع المدة تعتبر موجودة للحال حين العقد كأنها أعيان قائمة فأشبه بيع العين ، فلا معنى إذاً للذهاب إلى انفساخ العقد أو فسخه بمثل تلك الأعذار ما دامت العين نفسها قائمة[1] .

٦٥٨ — هذا ، وفيما سبق بيان لبعض ما ينفرد به العقد المستمر عن العقد الفورى ، ومرجع ذلك إلى طبيعة كل منهما ، ونشير الآن إلى خاصة أخرى للعقد الفورى متى انفسخ لسبب من الأسباب . ذلك ، بأن العقد من العقود الفورية متى انفسخ صار كأنه لم يكن ، وحينئذ يسقط عن كل من طرفيه ما كان قد التزمه كدفع المبيع أو الثمن فى عقد البيع مثلا . أما فى عقد المدة أو العقد المستمر ، فإن المعقود عليه كما علمنا هو منافع الشىء أو الشخص المستأجر ، فمتى انفسخ العقد ينفسخ فيما بقى من المدة لا فيما مضى ؛ لأن ما مضى منها قد وصل إلى المستأجر المنافع التى كانت فيها ، وحينئذ يسقط من الأجرة حساب المدة الباقية بعد الفسخ[2] .

وربما كان عجباً أن الشافعية لم يسيروا هنا مع أصلهم فى هذا الضرب من العقود ، هذا الأصل الذى هو — كما نعرف — اعتبار المنافع قائمة حين العقد كأنها عين من الأعيان ، فيكون العقد مثل عقد البيع فى اللزوم ، فكان مقتضى هذا الأصل ألا يسقط شىء من الأجرة عن المدة الباقية متى انفسخ العقد لعذر يرونه مثل هلاك

---

(١) انظر ، فضلا عما سبق ، فى هذه الحالات وغيرها ، البدائع حـ ٤ : ١٩٧ ، ٢٢٢ . وراجع أيضاً فى الموضوع نفسه بيننا وبين الشافعية ، المبسوط حـ ١٦ : ٢ — ٦ .

(٢) البدائع ، حـ ٤ : ١٧٩ ، ١٩٦ .

الشيء المستأجر نفسه . لكنهم ذهبوا هنا ، مثل الأحناف ، إلى سقوط أجرة المدة الباقية تمشياً مع الواقع والعدالة[1] .

ثالثاً — العقد من ناحية آثاره

٦٥٩ — ليست العقود كلها ضرباً واحداً من ناحية أحكامها وآثارها ، أو من ناحية أغراضها بكلمة واحدة ، ولذلك سبق أن وصفنا هذا العقد أو ذاك بأنه من عقود المعاوضات أو التبرعات أو التوثيقات . إنها ، من أجل ذلك ، « وَحَدات » تنضم كل وَحْدة منها تحت عنوان خاص ، بحسب الغرض الذى يجمع بين أفرادها .

وقد يدخل العقد الواحد فى أكثر من وحدة أو مجموعة ، إذا كان الغرض منه متعدداً من نواح مختلفة . ونذكر الآن أهم هذه المجموعات بإجمال ، تاركين التفصيل إلى محله عند الكلام على كل عقد على حِدَته[2] .

٦٦٠ — ١) من العقود ما يسمى بعقود التمليكات ، سواء أكان المراد تمليك عين أم تمليك منفعة ، وسواء أكان التمليك بعوض أم بغير عوض ؛ فإن كان بعوض ، سميت العقود عقود معاوضات ، وإلا فهى عقود تبرعات .

من هذه العقود ، البيوع على اختلاف أنواعها ، بما فيها الصَّرْف والسَّلَم ونحوهما ، والصلح ، والقسمة لشيء مشاع بين اثنين أو أكثر ، والاستصناع كما يكون بين النجارين والخياطين ونحوهم وبين من يتعاملون معهم ، والإجارة ، والمزارعة ، والزواج وما قد يتصل به من خُلْع ورجعة ، والجَعالة . والضابط لهذه العقود ، أن يكون فى كل منها معنى المبادلة والمعاوضة بين طرفيه .

٦٦١ — ٢) ومنها التبرعات ، كالهبة والصدقة ، ففيهما التبرع بشيء من الأشياء للموهوب له أو المتصدَّق عليه ؛ والوصية بجزء من التركة عيناً أو بمنفعة بشيء

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٤ : ٢٢٩ — ٢٣٠ ، ٢٣٣ — ٢٣٤

(٢) ينبغى أن نذكر ، من أول الأمر ، أننا نريد بالعقد هنا العقد بمعناه العام ، أى التصرف ولو من جانب واحد .

منها كسكنى الدار مثلا ، والقرض ، والإعارة لشيء من الأشياء للانتفاع به ثم رده لصاحبه ، والوقف ، والحوالة للدين .

وهنا ، فى كل هذه العقود تمليك شيء أو منفعة من طرف إلى آخر ، ومن ثَمَّ يمكن عدُّها فى باب التمليكات عن طريق التبرع ، أى لا عن طريق المعاوضة لأن المتبرع هنا لا يطلب عوضاً عما تبرع به .

٦٦٢ — ٣) الإسقاطات ، وهى قد تكون إسقاطات محضة ، أى بلا بدل من الطرف الآخر ، كالعفو عن القصاص لوجه الله ، والنزول عن الشفعة أو تسليمها كما يعبر الفقهاء ، والإبراء من الدائن للمدين عن دينه ، والطلاق بلا مال تدفعه الزوجة ، والإعتاق .

وقد تكون نظير بدل أو عوض يدفعه الطرف الآخر ؛ كالعفو عن القصاص نظير تعويض يدفعه الجانى ، والطلاق نظير مبلغ من المال تدفعه الزوجة ويسمى الخلع حتى لا يستطيع الزوج رَدَّها لعصمته بعد ذلك .

٦٦٣ — ٤) الإطلاقات ، ومعنى هذا إطلاق الإنسان يد غيره فى العمل بعد أن كان لا يجوز له القيام به وذلك يشمل ، عقد الوكالة الذى به يقوم الوكيل بعمل أو أعمال للموكل وباسمه ، والإذن للشخص المحجور عليه لسبب من أسباب الحجر المعروفة فى التجارة ، وإذن الوصى للصغير المميز فى القيام ببعض الأعمال الخاصة بالصبى نفسه من زراعة أرضه أو شراء ما يلزمه مما فيه نفع له ، وتولية عمال الدولة القيام بالأعمال التى تجيزها لهم مناصبهم .

٦٦٤ — ٥) التقييدات ، ونريد بها تقييد شخص لآخر حتى لا يجوز له القيام بما كان يجوز له من قبل من أعمال . وهذا ، مثل عزل الولاة والقضاة ، وعزل ناظر الوقف والوصى والقيِّم على المحجور عليه . ومن هذه « الوَحْدة » من العقود ، عزل الموكل وكيله فى شأن من الشئون ؛ كإدارة أملاكه أو المرافعة

عنه أمام القضاء ، والحجر على من يستحق الحجر لجنون أو عته أو سفه على الخلاف المعروف فى الحجر بسبب السفه ، وكذلك الحجر عن المأذون له فى التجارة .

٦٦٥ — ٦) الشركات ، وهى عقود الغرض منها الاشتراك فى العمل والربح بين أطرافها ، على أن العمل ربما لا يكون موزعاً على الجميع كما هو معروف فى الشركات الكبيرة بالقاهرة مثلا . ومنها عقد المضاربة الذى به يتجر بعض الناس بمال لآخر على أن يكون الربح بينهما والخسارة عليهما ، وعقد المزارعة الجارى كثيراً فى الأرياف وقد سبق عدُّه فى عقود المعاوضات قسم التمليكات .

٦٦٦ — ٧) وأخيراً ، نذكر عقود الضمان ، أو التوثيقات أو التأمينات . بلغة القانون ، وهى عقود يراد بالواحد منها توثُّق الدائن أو تأمينه على دينه قِبَل المدين . وأم هذه العقود ، الرهن يقدمه المدين للدائن ضماناً للسداد ، والكفالة يتقدم بها أجنبى عن الدائن والمدين ليأمن الدائن على دينه عند الآخر ، والحوالة التى يقبل فيها أجنبى حوالة دين الدائن عليه .

الخيـــارات

معناها والحاجة إليها :

٦٦٧ — الخيارات جمع خيار ، ومعناه اختيار المرء ما يراه خيراً له من أمرين أو أمور . والمراد به هنا أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد أو عدم إمضائه بفسخه ، إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب ؛ أو أن يختار أن يكون المبيع هذا أو ذاك ، إن كان الأمر أمر خيار التعيين ؛ وكل ذلك على ماسنراه مفصلا .

وقد شرعت كل هذه الضروب من الخيار ، لضمان رضا المتعاقدين ، وتأكد كلٍّ منهما أن العقد — حين يتم ويُمضى — يحقق رغبته ومصلحته ، وقد عرفنا أن رضا المتعاقدين هو الأساس الذى يجب أن يقوم عليه كل عقد من العقود .

هذه الحاجة هى التى دعت لشرعية هذه « الخيارات » ، مع أن مقتضى العقد أن يكون لازماً لاخيار فيه، ضماناً لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس . ونظن أن حق الفسخ بسبب خيار من هذه الخيارات ، أمر قد انفرد به الفقه الإسلامى مع شدة الحاجة له .

ومن هذه الخيارات ، التى نتكلم عنها هنا ، ما يرجع ثبوته إلى اشتراط العاقد ، وذلك خيار التعيين وخيار الشرط ؛ ومنها ما يرجع إلى الشرع نفسه ، وهذا هو خيار الرؤية وخيار العيب[1] .

خيار التعيين

٦٦٨ — هذا النوع من الخيار يدخل فى العقود الناقلة للملكية ، من بيع وهبة بعوض ونحوهما ، و به يتعين موضوع العقد بعد أن كان واحداً من اثنين أو ثلاثة بمعنى أن يرد العقد على واحد من شيئين أو ثلاثة أشياء مختلفة فى الثمن والصفة ،

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦١

ثم يكون للمشترى مثلا حق تعيين هذا الواحد فيصبح محل العقد معلوماً تماماً بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة .

وثبوت هذا الخيار من باب الاستحسان على خلاف القياس ، وبالقياس أخذ زفر والشافعى وابن حنبل فلم يجيزوه لجهالة المبيع فى هذه الحالة ، ومن شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً . وجه الاستحسان — كما يقول الزيلعى[١] — أن الخيار بصفة عامة شُرع لدفع الغبن عن صاحبه ، وهنا الحاجة ماسة إليه ليختار ما هو الأرفق والأوفق له . وربما لا يستطيع المشترى الاختيار بنفسه ، وحينئذ يحتاج إلى الاستعانة برأى غيره ؛ وربما لا يكون مشترياً لنفسه ، فيكون من الضرورى أن يترك الخيار لصاحب الشأن ، ولا يمكنه البائع من حمل السلعة إليه إلا بالشراء كى لا تبقى أمانة فى يده فتكون مضمونة على المشترى صاحب الشأن ، ولهذا كان فى معنى خيار الشرط الذى أجازه الشارع بنص الحديث على ما سيجىء بيانه . ثم الجهالة هنا لا خطر لها ولا تفضى إلى النزاع ، لتعيين ثمن كل مما جعل له الخيار فى تعيين أحدها للشراء .

وفى الحق ، إن هذا الضرب من الخيار ينتفع به كثير من الناس دون أن يعرفوا أنهم يمارسونه . فالسيدة من السيدات ربما لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى بائع الحلى مثلا ، فتوكل من يشترى لها ما تريد منها على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو ثلاثة من النوع الذى تريد، ثم لها أن تختار واحدة منها. وكثيراً ما يشترى الخادم مثلا لأهله شيئاً من اثنين أو ثلاثة ، ثم يختار أهل البيت واحداً منها .

٦٨٩ — ثم ، هل يشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضاً ، أو لا يشترط ذلك ؟ خلاف بين الفقهاء فيما نقل عنهم . قيل يشترط خيار الشرط مع خيار التعيين ، وهو المذكور فى الجامع الصغير ، وهذا هو الرأى الصحيح فى قول شمس الأئمة . وقيل لا يشترط ، كما ذكر فى الجامع الكبير ، وهو الصحيح فى قول فخر الإسلام[٢] .

---

(١) الزيلعى ، جـ ٤ : ٢١ (٢) المصدر نفسه ص ٢١ .

والأجناف ، حين أجازوا خيار التعيين استحساناً لا قياساً ، لا يرون جميعاً جواز اشتراطه للبائع لعدم الحاجة إليه ، ولأن ما جاز استحساناً على خلاف القياس لا يُتوسع فيه إلا لحاجة ، وقيل يجوز اشتراطه للبائع أيضاً قياساً على جواز شرطه للمشترى[١] . و إلى الرأى الأول نميل لعدم الحاجة كما قال أصحابه ، ولأن من مقتضى العقد اللزوم فلا يصح إجازة ما يخالفه إلا لضرورة .

٦٦٩ — وقد اشترط الفقهاء لصحة العقد مع هذا الخيار شروطاً كلها معقول وطبيعى ، وهى ثلاثة[٢] :

ا) أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر ، لأن فى الثلاثة موضعاً للخيار لمن يريد .

ب) أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها وثمن كل منها معيناً ؛ و إلا كان الخيار عبثاً إن لم تكن مختلفة ، أو كان الثمن مجهولا ، ومن شروط صحة البيع معرفة الثمن .

حـ) أن تكون مدته معلومة ولا تزيد عن ثلاثة أيام عند أبى حنيفة ، واكتفى الصاحبان باشتراط أن تكون معلومة أيا كانت ، و إليه مال الزيلعى . أما نحن فنميل إلى شرط تحديد المدة ليكون البائع على بينة من الأمر ، وليستقر أمر الصفقة و يصير للبائع حق التصرف فى الذى لم يختره المشترى من بين الأشياء التى كانت موضوع الخيار .

٦٧٠ — وللبيع مع خيار التعيين حكمه الخاص ، وهو ثبوت الملك للمشترى فى أحد الأشياء التى جعلها برضا البائع موضوع اختياره . ذلك ، بأن البائع يقول مثلا : «بعت منك أحد هذين الثوبين أو أحد هذين العبدين أو الدابتين، أو غيرهما من الأشياء المتفاوتة ، على أن تأخذ أيهما شئت ، وقبل المشترى . وهذا يوجب

---

(١) الزيلعى ، ص ٢٢ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٢

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٢١ ؛ البدائع ، جـ ٥ : ٢٦١

ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما وثبوت خيار التعيين له ، والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده »[1] ؛ لأنه ، أى المشترى ، قبضه بإذن المالك لا على وجه التمليك .

والملك الثابت للمشترى بهذا الخيار ملك غير لازم ، فله رد ما اشتراه جميعا ، كما هو الأمر فى خيار العيب وخيار الرؤية ؛ فإن كلا من الثلاثة يمنع لزوم العقد والملك ، وإلا لما كان لاشتراطها معنى . ثم الحاجة لشرع مثل هذا البيع لا تتحقق إلا إذا كان جائز الفسخ ؛ فربما لا يرضى المشترى بالمبيع فيحتاج إلى رده ، واللزوم يمنع هذا الرد .

٦٧١ — على أن هذا الخيار قد يبطل بطرق مختلفة ، وإذاً فيلزم البيع ويصير المبيع مملوكا للمشترى على طريق اللزوم .

والذى يبطل به ذلك الخيار على ضربين : اختيارى وضرورى . فالاختيارى أن يختار المشترى صراحة هذا الشىء دون ذاك ، أو أن يتصرف فى أحد المبيعين تصرفا يدل على أنه اختاره وعيّنه . والضرورى أن يهلك أحد المبيعين فى يد المشترى بعد القبض ، فحينئذ يتعين الآخر ليكون هو المبيع وعليه ثمنه .

٦٧٢ — وإذا حدث أن مات المشترى ، قبل بطلان خيار التعيين بأية طريقة من الطرق ، لم يبطل هذا الخيار ، بل يرثه ورثة المشترى ، لأن خيار التعيين يورث بخلاف خيار الشرط على ما سيجىء . وسبب هذا ، أن المبيع بخيار الشرط شىء واحد فيكون هو المبيع بلا ريب إذا مات من شرط لنفسه خيار الشرط . أما فى خيار التعيين فالمبيع — كما عرفنا — أكثر من واحد ، فلابد من تعيين أحدهما من المشترى أو من وارثه إذا مات المورِّث قبل بطلان الخيار إلا أن بين المشترى ووارثه هنا فرقا ، وهو « أنه ليس له [للوارث] أن يردهما جميعا . وقد كان للوارث ذلك » كما يقول الكاسانى[2] .

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦١

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٢ ، ص ٢٦٨

خيار الشرط

٦٧٣ — أما خيار الشرط فقد يكون وحده كما إذا شرطه أحد المتبايعين لنفسه، أو شرطه كل منهما لنفسه أيضا. وقد يكون مع خيار التعيين كما إذا اشترى فلان من الناس قطعتى نسيج مثلا على أن له خيار الشرط فيهما معا فله أن يردها جميعاً فى مدة الخيار، كما أن له خيار التعيين فى إحداهما فله أن يعين ما يختاره منهما فى مدة محددة.

وقد شرع خيار الشرط للحاجة إليه كما قدمنا، وإن كان الأصل فى العقود أن تكون لازمة، فلمن شرط هذا الخيار لنفسه رد المبيع فى مدة الخيار وهى ثلاثة أيام أو أقل، كأن يقول أحد المتبايعين بعت أو اشتريت هذا على أنى بالخيار يوماً أو اثنين أو ثلاثة أيام على الأكثر.

وشرعية هذا الخيار ثابتة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لحَبَّان بن مُنْقذ الأنصارى، وكان يغبن إذا باع أو اشترى: «إذا بايعت فقل لا خِلابة ولى الخيار ثلاثة أيام[1]». وقد روى البخارى ومسلم هذا الحديث عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما هكذا: إن رجلا ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم أنه يُخدع فى البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خِلابة[2]».

٦٧٤ — واشتراط الخيار لأحد المتبايعين مدة لا تزيد عن ثلاثة أيام هو رأى أبى حنيفة وزفر والشافعى. وعند الصاحبين يجوز اشتراطه مدة معلومة أكثر من ذلك، وهذا لما روى عن ابن عمر أنه أجازه إلى شهرين؛ ولأنه شرع للحاجة لدفع الغبن عمن اشترطه لنفسه، وقد تقتضى الحاجة مدة أكثر من ثلاثة أيام للتروى ولاستطلاع رأى يستنير به.

---

(١) الزيلعى، حـ ٤ : ١٤؛ فتح القدير، حـ ٥ : ١١١؛ العناية للبابرتى بهامش الفتح، حـ ٥ : ١١٠

(٢) اللؤلؤ والمرجان، حـ ٢ : ١٠٦ — ١٠٧

إلا أن أبا حنيفة ، ومن سار على مذهبه ، يرون أن شرع الخيار على خلاف القياس ، لأن اشتراطه مناف لما يقتضيه العقد من اللزوم بعد الإيجاب والقبول ، و إذا يقتصر فيه من ناحية المدة على ما جاء به نص الشارع[١] . على أن أبا حنيفة يرى أنه لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، ثم أجازه من له الخيار فى الثلاثة صح البيع ؛ لزوال المفسد (وهو اليوم الرابع) قبل أن يتقرر فينقلب العقد صحيحاً . فى حين يرى زفر أنه لا يصح فى هذه الحالة ؛ لأن العقد وقع فاسداً بشرط الخيار أكثر من المدة التى أجازها الشارع ، والفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال[٢] . ونظن أن رأى الإمام أوجه وأحق بالاتباع لما قال .

٦٧٥ — ويرى ابن حنبل أنه يجوز اشتراط خيار الشرط أى مدة كانت ، طويلة أو قصيرة ، ما دامت مدة معينة معلومة للمتعاقدين ، وهذا — كما رأينا — قول الصاحبين أبى يوسف ومحمد . أما لو اشترط المشترى ، ولو برضا البائع ، الخيار لنفسه مدة غير معينة كأن يقول البائع لك الخيار متى شئت أو شاء فلان ، أو مدة مجهولة كأن يقول البائع للمشترى لك الخيار إلى أن ينزل المطر ، فإن البيع يكون صحيحاً لازماً والشرط لاغياً[٣] .

بقى أن المالكية يرون أن مدة هذا الخيار (ويسمونه خيار التروى وخيار الشرط أيضاً) تختلف — طولا وقصراً — باختلاف السلعة المبيعة لأن الحاجة لشرعه تقتضى ذلك الاختلاف فى مدته . وهذه المدة نحو شهر إذا كانت السلعة داراً ونحوها ، وأسبوع إذا كانت رقيقاً ، وثلاثة أيام إذا كانت ثيابا أو دابة ونحوها (إذا كان

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٤ ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ١١٠ — ١١٢ ؛ العناية حـ ٥ : ١١٠ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٩٦ ، وفيه أنه ورد أن الرسول أبطل بيعاً شرط فيه الخيار أربعة أيام .

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٥ ؛ فتح القدير ، حـ٥ : ١١٣ . ولو اشترى على أنه إن لم يدفع الثمن فى أثناء ثلاثة أيام ، صح البيع ؛ ولو جعل المدة أكثر من الثلاثة ، لايصح عند الشيخين ويصح عند محمد . على أنه إن دفع الثمن فى هذه الحالة قبل اليوم الرابع ، صح البيع إجماعا ، لزوال ما كان سبب الفساد لو حصل . راجع الزيلعى ، حـ ٤ : ١٥ — ١٦ ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ١١٤ — ١١٥

(٣) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤٧

الخيار للمشورة ، وإلا فيوم ونحوه إذا كان للاختبار) ، وأقل من ذلك مما تندفع به الحاجة فى الخضر والفواكه وأمثالها[١] .

وإذا شرطا الخيار ولم يحددا له أجلا معلوماً ، لا يفسد البيع ولا الشرط ، وهنا موضع المخالفة للشافعية وغيرهم ، ولكن — كما يقول ابن رشد الحبر — تحدَّد للخيار المدة اللازمة بحسب السلعة موضوع البيع ، ويحكَّم فى هذا العرف والعادة[٢] .

٦٧٦ — وكما يصح اشتراط خيار الشرط ، على الخلاف فى مدته ، لكل من العاقدين ، يصح أن يشترطه أحدهما لأجنبى خارج عن العقد فقد تكون الحاجة ماسة لذلك ، وحينئذ يكون لكل منهما (أى للمشترى مثلا ، إذا كان هو المشترط الخيار لغيره ، ولهذا الغير) أن يجيز البيع أو أن ينقضه ، لأن السلطة التى تكون للنائب تكون طبعاً للأصيل ما دام النائب يستمدها منه[٣] .

وفى هذه الحالة ، إن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، كان تصرف السابق منهما أحق بالاعتبار ؛ وإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فى آن واحد ، كان الفسخ أولى بالاعتبار فى رواية لأن العقد لا يلزم إلا إذا كان متيقناً ، وفى أخرى كان المعتبر هو تصرف المالك فسخاً كان أو إجازة لأنه الأصيل فيعتبر أنه عزل نائبه بمخالفته له[٤] .

وجواز اشتراط خيار الشرط لغير المتعاقدين هو عند الفقهاء جميعاً : الأحناف والحنابلة والشافعية[٥] ، إلا عند زفر من الأحناف وقوله هو القياس ؛ « لأن الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه ، فلايجوز اشتراطه لغير العاقد ، كاشتراط الثمن على غيره ؛ وهذا لأن اشتراط مالا يقتضيه العقد مفسد ، وفيه ذلك فيفسد[٦] » .

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ، حـ ٤ : ٤١٠ — ٤١٢ ؛ التاج والإكليل على هامشه ، حـ ٤ : ٤١٠ — ٤١١ ؛ الشرح الصغير للدردير ، حـ ٢ : ٥٢ — ٥٣ . على أن هذه المراجع حكت أقوالا أخرى فى تقدير المدة .

(٢) التاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤١٤

(٣) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٩ — ٢٠ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٧١

(٤) الزيلعى ، ٤ : ١٩ — ٢٠

(٥) أنظر عند الحنابلة كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤٨ — ٤٩ ؛ وعند الشافعية نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٩٢ ، ٩٧ — ٩٧

(٦) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٩

٦٧٧ — والعقد الذى يدخله خيار الشرط هو عقد غير لازم ، وإلا لما كان من معنى أو فائدة للخيار ؛ لأن الخيار هو التخيير بين إجازة العقد وإمضائه وبين فسخه ، وهذا يمنع اللزوم طبعاً .

وإذا كان صفة هذا العقد هى عدم اللزوم كما رأينا ، فما حكمه ؟ يرى الأحناف أن البيع بخيار الشرط لا ينعقد فى الحال بالنسبة لمن له الخيار من المتعاقدين ، بل يتوقف على ما يكون من إجازته له أو فسخه . فإن أجازه ظهر أن العقد كان قد انعقد حال وجوده ، أى قبل الإجازة متى كان موضوع العقد قابلا له ، وإن فسخه ارتفع أو — بعبارة أصح — استمر على عدم انعقاده استصحاباً للحالة الأولى .

والشافعى يوافق الأحناف فى بعض أقواله التى نقلت عنه ، وفى قول آخر يرى أن البيع بخيار الشرط يفيد الملكية للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن ، إلا أن هذا تملُّك على خطر الزوال فقد يزول إذا فسخ العقد من له الخيار ، كما هو الأمر فى خيار العيب بالإجماع وخيار الرؤية على أصل الأحناف أنفسهم[1] .

إن فى هذا على ما نرى — معشر الأحناف — خطراً على المشترى فى بعض الحالات ، كما إذا كان موضوع العقد رقيقاً قريباً له فإنه يعتق عليه بمجرد وجود العقد فى الحال وفى هذا ضرر عليه ، مع أن الخيار شرع على خلاف القياس لدفع ما قد يكون من غبن وضرر على من اشترطه لنفسه[2] . أما إذا قلنا بأن عقد البيع فى هذه الحالة لا يوجب فى الحال حكمه ، لم يعتق على المشترى قريبه إلا إذا اختار إجازة العقد وإمضاءه .

٦٧٨ — على أن الأمر يحتاج إلى شئ من التفصيل . فإن الخيار قد يكون لكل من المتبايعين ، وقد يكون للبائع وحده ، وقد يكون للمشترى وحده ، وقد يكون لآخر أجنبى بأن شرطه أحدهما لثالث ، وفى هذه الحالة يكون لهذا «الأخير» الخيار أيضاً كما سبق ذكره[3] .

---

(١) و (٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٤ ؛ الزيلعى ، ٤ : ١٦

(٣) راجع فى حكم كل من هذه الحالات ، البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٤ — ٢٦٧ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ١٦ — ١٨

فإن كان لكل منهما ، كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه فى حقهما معا ؛ أى أنه لا تزول ملكية البائع للمبيع ، ولا ملكية المشترى للثمن ؛ كما لا يدخل المبيع فى ملك المشترى ، ولا الثمن فى ملك البائع . وذلك كله ، لأن الخيار المانع لحكم العقد ثابت لكل من البائع والمشترى .

وإن كان الخيار للبائع وحده ، كان مانعاً من ثبوت حكمه فى حقه ، فلا يزول المبيع عن ملكه ، ولكن ليس للمشترى التصرف فيه فقد يفسخ البائع العقد[1] ، إلا أن الثمن يخرج عن ملك المشترى لأنه لا خيار له فكان الشراء باتًّا فى حقه . وفى هذه الحالة لا يدخل الثمن فى ملك البائع عند أبى حنيفة حتى لا يجتمع البدلان — المبيع والثمن — فى يد واحدة ، وهذا لا يجوز فى عقود المبادلة ، كما أن فيه حينئذ عدم التسوية بين البائع والمشترى . على حين يرى الصاحبان أن الثمن فى هذه الحالة يخرج عن ملك المشترى إلى ملك البائع ، مادام البيع وقع باتا بالنسبة له لأنه لم يشترط الخيار لنفسه .

وأخيراً ، إن كان الخيار للمشترى وحده ، كان البيع غير منعقد بالنسبة له من ناحية حكمه ، فى حين أنه منعقد من هذه الناحية بالنسبة للبائع . ونتيجة ذلك ، أن الثمن لا يزول طبعاً عن ملك المشترى فقد يفسخ العقد ، لكن المبيع يخرج عن ملك البائع فليس له التصرف فيه ، فقد يُمضى المشترى العقد فيكون له المبيع ، ثم يجىء الخلاف هنا بين الإمام وصاحبيه فى دخول المبيع — وقد خرج عن ملك البائع — فى ملك المشترى أو عدم دخوله ، وحجة كل من الجانبين ما سبقت الإشارة إليه[2] .

---

(١) وإذا قبضه المشترى وهلك عنده فى مدة الخيار ، يهلك بقيمته عليه ، لأنه كان مقبوضاً فى يده على سوم الشراء وهذا مايوجب القيمة بالهلاك ، وقد انفسخ البيع طبعاً . ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع أيضاً ، ولاشىء للبائع على المشترى كما فى البيع الذى لاخيار فيه : زيلعى ، ٤ : ١٦

(٢) وإذا قبض المشترى المبيع ، وهلك فى يده مدة الخيار ، هلك عليه بالثمن ، لأن هلاك محل العقد يسقط الخيار فى هذه الحالة فيصير المبيع لازما وحينئذ يجب الثمن على المشترى الذى كان الخيار له . زيلعى ، حـ ٤ : ١٦

٦٧٩ — ويترتب على هذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه — فى الأصل الذى بنى كل من الجانبين عليه رأيه فى أن خيار المشترى وحده لا يُدخل المبيع فى ملكه عنده ، وإن خرج عن ملك البائع الذى لم يشترط لنفسه الخيار ، على حين يدخله فى ملك المشترى عندهما مسائل كثيرة . ومن هذه المسائل ، إذا اشترى ذِمِّىٌّ من مثله خمراً أو خنزيراً على أنه بالخيار ، وقبض المشترى المبيع ثم أسلم بطل البيع عند الإمام لأن المبيع لم يدخل مدة الخيار فى ملك المشترى ، والمسلم ممنوع عن تملك الخمر أو الخنزير ولو بإسقاط الخيار فى هذه الحالة . وعند الصاحبين لا يبطل البيع ، بل يسقط الخيار ويصير البيع لازما ؛ لأن المشترى ملك المبيع فى مدة الخيار وهو ذمى له أن يتملك الخمر والخنزير ، وبعد الإسلام ليس له أن يرد المبيع لأنه ممنوع عن تمليك شىء من ذلك[1] .

أما إذا أسلم البائع ، وكان الخيار للمشترى كالحالة السابقة ، لا يبطل البيع ويبقى المشترى على خياره بالإجماع بين الإمام وصاحبيه . فإن أجاز البيع صار لازما ، وعليه الثمن ويملك المبيع ، لأنه ذمى أهل لأن يملك الخمر والخنزير ، وإن رد البيع انفسخ العقد وصار المبيع على ملك البائع ، والمسلم قد يملك الخمر أو الخنزير حكما كما فى حالة الميراث عن مورثه الذمى[2] .

٦٨٠ — هذا كله إذا كان الخيار للمشترى . أما إذا كان للبائع وأسلم فى مدة الخيار ، بطل الخيار والعقد ؛ لأن خيار البائع يمنع إجماعاً خروج المبيع عن ملكه ، وإسلامه يمنع إخراج الخمر ونحوها عن ملكه . ولو كان الذى أسلم هو المشترى ، لم يبطل العقد وبقى البائع على خياره ، لأن العقد بات من جهة المشترى إذ لا خيار له وحينئذ له إجازة البيع فيتملك المشترى المبيع وهو أهل له ، أى لتملك الخمر ونحوها حكما كما تقدم ، وإن رد البيع انفسخ العقد ، واستمر المبيع ملكا للبائع ، وهو أهل لتملك الخمر والخنزير حكما وفعلا[3] .

---

(١) و (٢) راجع فى هذا ، البدائع حـ ٥ : ٢٦٦ ؛ الزيلعى حـ ٤ : ١٧

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٦ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ١٨

٦٨١ — ومن حكم البيع بشرط الخيار ، فضلا عما تقدم ، أن المبيع إذا كان مما يجوز فيه الشفعة ، وكان الخيار للبائع ، فإن الشريك أو الجار لا يثبت له حق الشفعة لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف ما دام الخيار له . أما إن كان الخيار للمشترى ، فإن الشفيع يثبت له حق الشفعة بلا خلاف أيضاً ، وذلك ظاهر على أصل الصاحبين لأن البيع خرج عن ملك البائع ودخل عن ملك المشترى . ولكن على أصل الإمام ، من أن خيار المشترى وحده يخرج المبيع عن ملك البائع دون أن يدخله فى ملك المشترى ، يكون للشفيع حق الشفعة أيضاً ؛ لأن حق الشفعة ينبنى على زوال ملك البائع ، لا على ثبوت الملك للمشترى[1] .

هذا عند الأحناف . أما عند الحنابلة فإن الشفيع لا تثبت له الشفعة مادام الخيار قائما ؛ لأن ملك المبيع وإن كان ينتقل المشترى ، سواء كان الخيار له أو للبائع أو لهما معاً[2] ، إلا أنه ملك ناقص ولهذا لا يباح له التصرف فى المبيع مدة الخيار[3] فإذا مضت مدة الخيار ولزم البيع ، كان للشفيع حق الشفعة[4] .

وبعد ذلك كله ، بم يسقط الخيار ويلزم البيع ؟ والكلام هنا فى موضعين : ما يسقط به الخيار إذا كان للبائع ، وما يسقط به إذا كان للمشترى ، على أن النتيجة فى كلا الأمرين واحدة وهى لزوم البيع[5] .

٦٨٢ — ا) يسقط خيار البائع بأمور كثيرة ، منها إجازة البيع صراحة ، كأن يقول : أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار ونحو هذا وذاك ، أو دلالة كما إذا تصرف فى الثمن بما يفهم منه أنه أسقط خياره وأجاز البيع . وذلك كما إذا كان

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٦

(٢) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٠

(٣) إلا إن كان الخيار للمشترى وحده ، فإن تصرفه فى المبيع يكون نافذاً ، وبه يبطل خياره ويلزم البيع . كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٢

(٤) المصدر نفسه ، حـ ٢ : ٥١

(٥) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٧ — ٢٦٩ . وانظر أيضاً ، فيما يختص بسقوط خيار البائع والمشترى ، أى من له الخيار مطلقاً ، الزيلعى ، حـ ٤ : ١٨ — ١٩

الثمن عيناً فباعه البائع أو وهبه مثلا ، أو دينا فى ذمة المشترى فساومه على شراء شىء به منه أو أبرأه منه أو وهبه له ، فكل هذا ونحوه دليل أنه اختار لزوم البيع .

وكذلك يسقط الخيار بمضى مدته دون اختياره فسخ العقد[1] ؛ وبموت البائع نفسه ، لأن هذا الخيار لا يورث عندنا خلافاً للشافعى الذى يرى قيام مورثه مقامه فى الإجازة والفسخ حسب ما يريد ، لأن الوارث يخلف المورث فى كل ما ترك من مال وحقوق ومن هذه حق الخيار[2] . وبإجازة أحد المتبايعين إذا شرط كل منهما لنفسه الخيار ، فلو أجاز أحدهما سقط خيار الآخر أيضاً ولزم البيع عند أبى حنيفة ، وعند الصاحبين يبقى هذا على خياره فله حق الفسخ بعد إجازة صاحبه .

٦٨٣ — ب) وخيار المشترى يسقط بما يسقط به خيار البائع[3] ، وبذلك يلزم البيع . وكذلك يسقط بهلاك المبيع ، بعد أن قبضه ، أو تعيبه عيباً لا يقبل الارتفاع ويمنع الرد ولو كان يسيراً . وسواء أكان حدوث العيب بسببه ، أم بسبب من البائع ، أم بآفة سماوية ، أم بفعل أجنبى عن العقد ؛ لأن كل ذلك يمنع رد المبيع[4] ، وحينئذ لا معنى لبقاء الخيار الذى يجيز له الفسخ ورد المبيع .

---

(١) فى المدونة فى مذهب مالك ، أن من اشترى سلعه بشرط الخيار فلم يختر فى المدة ، تلزم من هى فى يده من بائع أو مبتاع ولا خيار للآخر فيها ! التاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤١٦

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٨ . ونحن لا نرى معنى لعدم وراثة خيار الشرط عند الأحناف ، فى حين أجمع الفقهاء — ومنهم الأحناف — على وراثة خيار التعيين كما سبق وخيار العيب على ماسيجيء ، وقد صار للورثة ملك ما اشترى مورثهم بشرط الخيار وعليهم دفع ثمنه ! فحجة الشافعية ومن ذهب مذهبهم أقوى ، ورأيهم فيما نرى أحق بالاتباع . أنظر فى وراثة خيار الشرط عند الشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٣ : ٩٤ ، ففيه : « ولو مات العاقد انتقل لوارثه ، إلا أن يكون ولياً فللحاكم كما لا يخفى ، أو وكيلا فلموكله » . وانظر عند المالكية ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤٢١ ؛ ففيهما أن لورثة البائع أو المشترى ما كان لمورثهم من الخيار ، لأنه حق له فيورث عنه .

(٣) من مضى المدة ، وموت من له الخيار عند الأحناف ، وإجازة البائع عند أبى حنيفة دون صاحبيه ، وبإسقاطه الخيار صراحة أو دلالة بتصرفه فى المبيع تصرف الملاك (البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٨ — ٢٦٩) . وفى كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٢ — ٥٣ ، أن التصرف فى البدلين باطل ، ويعتبر إمضاءاً للبيع . وانظر مواهب الجليل والتاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤٢٠ ، فى هل يعتبر بيع المشترى لما اشتراه إختياراً منه للشراء الأول ، أولا ؟

(٤) لأن شرط الرد « هو أن يكون ماقبض كما قبض » ، البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٩

ويبطل خيار المشترى أيضاً إذا طلب الأخذ بالشفعة لما بيع بجوار ما اشتراه بشرط الخيار ؛ لأن الإنسان لا يطلب الأخذ بالشفعة إلا بما يملك ، فكان هذا دليل إسقاطه خياره وتقريره إجازة البيع ولزومه(١) .

٦٨٤ — ويتبين مما تقدم ، أن الخيار إذا كان للبائع والمشترى معا يسقط من أحدهما بما يسقط به لو كان الخيار له وحده ؛ فإذا أجاز أحدهما العقد صار باتاً من ناحيته ، وبقى الآخر على خياره فله أن يجيزه أيضاً وأن يفسخه . أما إذا اختار أحدهما فسخ العقد ، صراحة أو دلالة ، فقد انفسخ فعلا ، وإذاً ليس للآخر أن يجيزه لأنه أصبح غير موجود حتى يمكن أن تلحقه الإجازة . وكذلك إن أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، صار العقد مفسوخا ، ولو كان الذى أجاز تقدم بالإجازة زمنا قبل صاحبه ؛ والسبب ماتقدم ، وهو أن العقد المجاز يحتمل الفسخ من الذى له الخيار لأنه قائم فعلا ، وأما العقد الذى انفسخ فلا يمكن أن تدركه الإجازة لأنه صار باطلا لا وجود له(٢) .

هذا ، فيما يسقط به الخيار ويلزم البيع . أما فى انفساخ العقد ، فالكلام يقتضى بيان ما ينفسخ به ، ثم فى الشروط التى بها يجوز الفسخ ويقع صحيحاً(٣) .

٦٨٥ — ١) ينفسخ البيع باختيار من له الخيار فسخه صراحة أو دلالة ، سواء أكان الخيار لكل من المتبايعين أم لأحدهما أم لأجنبى ، ولا يشترط للفسخ رضا الآخر ولا قضاء القاضى به ، لأن الفاسخ استعمل حقه الذى شرطه لنفسه برضاء الآخر سلفاً به ، ومثل ذلك الفسخ بخيار التعيين والرؤية .

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ : ١٩ . وهذا التدليل يحتاج إليه على أصل أبى حنيفة الذى يقول بأن خيار المشترى وحده لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ؛ ولكن لايدخله فى ملك المشترى . وأما على أصل الصاحبين ، الذى يقول بأنه يدخله فى ملك المشترى ، فلاحاجة له لأنه ملك المشفوع به بمجرد الشراء ، ولكن كان له حق الفسخ بخياره ، فأخذه بالشفعة دليل على إسقاط الخيار .
وانظر فى حدوث الفسخ والإجازة ، صراحة أو دلالة ، عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ٩٩ — ١٠١ .

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧١ .

(٣) يرجع فى هذا إلى البدائع ، حـ ٥ : ٢٧١ — ٢٧٣ .

ومن الفسخ دلالة أن يتصرف البائع ، إن كان له الخيار ، فى المبيع تصرف الملاك ؛ أو أن يتصرف المشترى ، إن كان الخيار له ، فى الثمن العينى تصرف الملاك أيضاً .

وكما ينفسخ البيع بفعل اختيارى ممن له الخيار ، قد ينفسخ بفعل اضطرارى لا إرادة لأحد المتعاقدين فيه ، وذلك مثل هلاك المبيع . إذا هلك المبيع قبل القبض بطل البيع ، سواء كان الخيار للمتبايعين أم أحدهما[١] . وكذلك إذا هلك بعد القبض وكان الخيار للبائع ، وحينئذ يلزم المشترى قيمته إن كان قيمياً أو مثله إن كان مثلياً ، وذلك ضرورة لأن العقد أصبح لا يحتمل الإجازة بعد ذهاب محله أو موضوعه . أما إن كان الخيار للمشترى ، ثم هلك المبيع بعد أن صار فى يده ، فإن البيع لا ينفسخ ويبطل ، بل يسقط الخيار فقط ويلزم البيع وعليه الثمن . وهذا واضح على أصل الصاحبين لأن المبيع فى هذه الحالة — حالة أن الخيار للمشترى وحده — خرج من ملك البائع ودخل فى ملك المشترى بالعقد ، وإذاً فقد صار الثمن عليه مقرراً واجباً . وأما على أصل أبى حنيفة ، فلأن المشترى وإن لم يملك بالعقد المبيع ولكن حدث فى يده ما يمنع رده ، فعليه ، لذلك ، الثمن بهلاكه[٢] .

٦٨٦ — ب) بقى شرائط جواز الفسخ . ومنها ، أن يكون فى مدة الخيار ، لأن البيع يلزم بمضى المدة بلا فسخ ممن له الخيار . ومنها ، علم الطرف الآخر به فى مدة الخيار ، وإلا لزم البيع ؛ وإذاً ، يكون الفسخ موقوفاً ، فإن علم به صاحبه أثناء المدة انفسخ العقد ، وإلا لزم[٣] .

---

(١) لأن البيع لو كان باتا لا خيار فيه لبطل ، فبالأولى إذا كان فيه خيار الشرط لأنه أضعف منه ، البدائع ، ٥ : ٢٧٢

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧٢ ؛ فتح القدير ، حـ ٥ : ١١٧ .

(٣) هذا عند الطرفين وقول لأبى يوسف ، وفى قوله الآخر أنه لا يشترط علم صاحبه به ، مع الإجماع على أنه يشترط علم الطرف الآخر فى عزل الموكل وكيله وفسخ أحد الشريكين الشركة ، ونهى رب المال المضارب عن التصرف . البدائع ، ٥ : ٢٧٣ . وفى الزيلعى (٤ : ١٨) أن من له الخيار يصح أن يجيز بغيبة صاحبه ، لا أن يفسخ عند الطرفين ، وعند أبى يوسف له ذلك =

٦٨٧ — ذلك ، وخيار الشرط لا يثبت فى كل عقد ، بل فى بعضها فقط . إن من العقود مالا يحتمل الفسخ بحال ، كما يقول جمهرة الفقهاء ، مثل الزواج والطلاق والعتق ، وهذه لا تقبل أن يكون فيها خيار الشرط الذى يجيز لمن شُرط له فسخ العقد[1] .

وهناك طائفة أخرى من العقود هى بطبيعتها غير لازمة ، فلا معنى لاشتراط الخيار فيها ما دام لكل من العاقدين حق فسخها متى أراد ، مثل الوكالة والوديعة والعارية . فلكل من الموكل والوكيل ، والمودع والمودَع لديه ، والمعير والمستعير ، حق فسخ العقد متى أراد بغير رضا صاحبه .

وهناك أخيراً ، عقود تقبل الفسخ ولكنها لازمة بطبيعتها ؛ وهذه هى التى يصح فيها خيار الشرط ، ليكون لمن يشترطه لنفسه حق إمضاء العقد أو فسخه . وهذه العقود كثيرة ؛ منها البيع ، والإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة وسائر أنواع الشركات ، والقسمة ، والحوالة ، والرهن إذ يجوز فيه اشتراط الخيار للراهن لا للمرتهن للزوم العقد بالنسبة للأول لا للثانى ، والكفالة[2] .

= أيضاً كالإجازة . والحنابلة كأبى يوسف لا يشترطون علم الطرف الآخر فى الفسخ أيضاً . ففى كشاف القناع ، حـ ٢ : ٤٩ : « ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ؛ لأن الفسخ على حل عقد جعل إليه ، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق » .

وانظر فى هذا الخلاف ، عند الأحناف ، أيضاً فتح القدير ، حـ ٥ : ١٢٠ — ١٢٣ ؛ جامع الفصولين حـ ١ : ٢٤٢ .

(١) وهنا نلاحظ أن ابن تيمية بخاصة من الحنابلة يجيز فسخ الزواج بسبب فوات شرط يصح ان يكون مطلوباً فى الزوج أو الزوجة ، كذلك الزواج ينفسخ إجماعاً بالردة ؛ ولهذا أجيز فى الخلع — وهو طلاق على مال — أن تشترط المرأة الخيار لنفسها ، وكذلك الأمر فى العتق على مال يجوز للعبد اشتراط الخيار لنفسه أيضاً .

(٢) يرجع ، فى بيان ما يجوز اشتراط خيار الشرط فيه وما لا يجوز ، مع تعليل كل حالة من ذلك ، إلى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٤ : ٥٠ — ٥١ ؛ جامع الفصولين ، حـ ١ : ٢٣٧ وما بعدها ؛ المغنى لابن قدامة ، حـ ٣ : ٥٩٤ — ٥٩٥ .

خيار الرؤية

٦٨٨ — قلنا إن الخيارات على نوعين : نوع يثبت باشتراط المتعاقدين ، وهو خيار التعيين وخيار الشرط والعيب ، ونوع يثبت من ناحية الشرع — وإن لم يشترطه المتعاقدان — وهو خيار الرؤية . ولهذه التفرقة ، من ناحية الثبوت ، أثرها كما سنرى قريباً .

والكلام فى خيار الرؤية يتطلب : بيان شرعية البيع الذى فيه هذا الخيار ، بيان صفته وحكمه ، بيان شرائط ثبوته ووقته ، ما يسقط به الخيار بعد ثبوته فيصير البيع لازماً ، وما ينفسخ به العقد فلا يلزم البيع .

٦٨٩ — ا) يجوز شراء ما لم ير الإنسان ، وله أن يرده متى رآه وإن رضى به قبل الرؤية ، وهذا متفق عليه فى مذهب الأحناف حتى جرت عليه المتون . أما لو باع شخص شيئاً يملكه دون أن يراه ، كما إذا ورث عيناً من الأعيان فى بلد غير الذى هو فيه ، فلا خيار له ، وقد رجع أبو حنيفة عما كان يقول من أن له الخيار كما للمشترى وكما هو الأمر فى خيار الشرط وخيار العيب [(١)] .

وقد روى فى ذلك أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره . وقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى بعت ما لم أره . فحكما بينهما جُبَيْر بن مُطْعِم ، فقضى بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان إجماعا [(٢)] .

والتفرقة بين البائع والمشترى هنا أمر معقول ، لأن من المُسَلَّم أن البائع يعرف ما يبيعه أكثر جداً من المشترى ، فلا ضرورة لثبوت الخيار له وعليه أن يتثبت قبل البيع حتى لا يقع عليه غبن يطلب من أجله فسخ العقد .

---

(١) فللبائع فى خيار العيب أن يرد الثمن بالزيادة كما فى فتح القدير ، وإن كان ذلك لا يفسخ البيع ، على حين أن رد المشترى المبيع بالعيب يفسخ البيع للأصالة فى العقد . حاشية الشلبى على الزيلعى حـ ٤ : ٢٥ .

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٢ .

٦٩٠ — هذا عند الأحناف . أما الشافعى فذهب إلى أن البيع ، فى حالة عدم رؤية المبيع ، غير جائز قولاً واحداً ، لأن موضوع العقد حينئذ يكون مجهولا ؛ ولأن الرسول نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، أى ما ليس موجوداً عند البائع ومرئياً للمشترى[1] .

ويقول الأحناف فى هذا ، بأن هذه الجهالة لا تؤدى للنزاع مطلقاً ، ما دام للمشترى أن يرد المبيع إذا لم يره محققاً لرغبته ويفسخ العقد ، وبخاصة وقد ورد أن الرسول قال : من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه . أما نهى الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان ، فمعناه النهى عن بيع ما لا يملك بدليل مَوْرِدِ الحديث ؛ فإن حكيم بن حزام سأل الرسول عن الرجل يطلب منه سلعة ليست عنده ، فيبيعها له ثم يذهب للسوق فيشتريها ويسلمها له ، فقال الرسول عليه السلام : لا تبع ما ليس عندك ، أى ما لا تملك[2] .

٦٩١ — ب) يتبين من كل هذا الذى سبق ، أن صفة هذا العقد ، أى شراء ما لم يره المشترى ، أنه غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف المبيع يؤثر فى رضا المشترى فيوجب الخيار له تداركا لما عساه يندم من أجله .

وإذا كان العقد على ما لم يره المشترى غير لازم فله رده إذا رآه كما عرفنا ، فإن حكمه مع هذا هو حكم العقد الذى لا خيار فيه ، بمعنى أنه فى البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى وملكية الثمن للبائع ، وهذا كله فى الحال فور تمام العقد بالإيجاب والقبول .

ذلك بأن البيع هنا صدر مطلقا غير مقيد بأى شرط ، وكان المفهوم أن يكون

(١ ، ٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٤ — ٢٥ . والمالكية والحنابلة ، كالشافعية ، لايرون خيار الرؤية . راجع عند المالكية مواهب الجليل ، حـ ٤ : ٤٠٩ ، والتاج والإكليل الموضع نفسه ففيهما أن الخيار نوعان : خيار التروى ، وخيار النقيصة ، أى الشرط والعيب . وراجع عند الحنابلة كشاف القناع حـ ٢ : ٤٤ وما بعدها ، فقد جعل الخيارات ثمانية أقسام ، ولم يعد خيار الرؤية من بينها . على أن الشافعى وابن حنبل فى بعض ما روى عنهما ، يثبتانه .

لازما، إلا أن الرد بخيار العيب ثبت من جهة الشارع . أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط المتعاقدين ، فكان لذلك أثره فى العقد بمنع استقرار حكمه فى الحال على ما مر بيانه .

٦٩٢ — حـ) ولثبوت خيار الرؤية شروط بدونها يكون العقد لازما بلا خيار ومن هذه الشروط أن يكون موضوع العقد مما يتعين بالتعيين ، أى أن يكون عينا من الأعيان ؛ حتى لو كان البيع مقايضة عينا بعين ، كان الخيار ثابتا للبائع والمشترى على السواء ما دام كل منهما لم ير المبيع والمشترى قبل العقد .

ذلك ، بأن موضوع العقد إذا لم يكن معينا للعقد ، لا يصير معينا للفسخ ، فلم يكن الرد مفيدا . ولأن مالا يتعين بالتعيين ، لا يملك بالعقد بل بالقبض ، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد . ويتصل بهذا ، أن خيار الرؤية يكون فى العقود التى تحتمل الفسخ كالبيع والإجارة ، والصلح عن دعوى المال والقسمة ، ولا يثبت فيما لا يحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد . « فصار الأصل أن كل ما ينفسخ فيه العقد برده يثبت فيه خيار الرؤية ، ومالا فلا » ، كما يقول الكاسانى [1] .

ومن الشروط عدم رؤية موضوع العقد ، فإن كان رآه قبل الشراء — دون حالة عقد العقد — لا يثبت له الخيار إذا كان لا يزال على حالته التى رآه فيها ، وإلا كان له الخيار لتغيره فكان مشتريا شيئا لم يره [2] .

٦٩٣ — وفى الرؤية لموضوع العقد ، يكفى رؤية ما يدل على المقصود ويفيد المعرفة به . فيكفى إذاً رؤية ظاهر الكَوْمة من الحبوب ، ووجه الدابة وكَفَلها ، وظاهر الثوب وهو مطوى ، وبعض المبيع إذا كان أشياء لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون ، وفى الدار لابد من رؤية ظاهرها وداخلها ، وهكذا . والمهم

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٢ .
(٢) البدائع حـ ٥ : ٢٩٢ — ٢٩٣ .

هو معرفة موضوع العقد معرفة بينة ، برؤيته كله أو بعضه إذا كان البعض عنوانا للكل ويدل عليه ، كما فى الخضر والفاكهة الباطنة فى الأرض[١] .

وإذا وكل المشترى آخر بقبض ما اشتراه قبل رؤيته ، قامت رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل فيسقط خياره عند أبى حنيفة ، وقال الصاحبان بأن نظر الوكيل ليس كنظر الموكل . فلهذا يبقى الخيار له بعد رؤيته بنفسه ، لأنه وكله بالقبض لا بإسقاط الخيار ، والأمر هنا كخيار الشرط والعيب . وأبو حنيفة يرى أنه لا فرق بين الوكيل بقبض الشىء المشترى ، وبين الوكيل بالشراء ، ورؤية هذا كافية عن رؤية الموكل وبها يسقط الخيار إجماعا[٢] .

هذا إذا كان المشترى بصيراً . أما إذا كان أعمى ، فإن عقده يصح طبعاً ، ويسقط خياره بما يفيد معرفته قبل العقد بالمبيع ، وهذا مثل الجس والشم والذوق فيما يعرف بذلك ، ومثل الوصف للعقار ونحوه . وربما كان الأفضل ، كما يرى بعض الفقهاء ، أن يوكل وكيلا يقبضه له وهو يراه ، فهذا أحوط له وأدق فى المعرفة بموضوع العقد[٣] .

٦٩٤ — ووقت ثبوت هذا الخيار هو وقت الرؤية ، لا قبلها ؛ ومن ثم ، لو أجاز من له الخيار العقد قبل رؤية محله ولو كانت الإجازة صراحة ، يبقى له الخيار فى رده بعد أن يراه . وذلك لأن الشارع جعل له الخيار بعد الرؤية ، فلو أجاز قبلها لم يثبت له الخيار قبلها ، ثم هذا الخيار ثبت شرعا لجهالة صفة المعقود عليه ضماناً لرضا المتعاقد ، والرضا بالشىء قبل العلم به ومعرفته — التى لن تكون على أتمها إلا بالرؤية — محال[٤]

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٦ — ٢٧ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٣ — ٢٩٤ ، ٢٩٧ — ٢٩٨

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٥ — ٢٩٦ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٨ .

(٣) الزيلعى ، ٤ : ٢٨ — ٢٩ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٣ .

(٤) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٥ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥ . وهنا نلاحظ أن القانون المدنى (م ٤١٩) أوجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويكون هذا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . فإذا تم هذا سقط حق المشترى فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا ثبت تدليس البائع . وذلك ما يمهد أيضاً بصحة عقد الأعمى وسقوط خياره إذا عرف قبل العقد موضوعه بما يمكن معرفته تماماً به .

ثم هذا الخيار ، بعد رؤية موضوع العقد ، يبقى لمن هو له دائماً حتى يوجد منه ما يبطله ولو استمر طول العمر . ونعتقد أن فى هذا حرجا وضرراً للطرف الآخر ولهذا ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يبقى إلا فترة يتمكن فيها من فسخ العقد ، فإذالم يفعل سقط الخيار لأن ذلك يعتبر دليلا لرضاه وإجازته العقد [١] .

٦٩٥ — د) ويسقط خيار الرؤية ، لمن ثبت له ، بما يسقط به خيار الشرط وقد سبق بيانه وحينئذ يلزم البيع وإذن فيبطل الخيار بالإجازة صراحة وإن لم يعلم البائع ، ما دام عدم اللزوم كان لحق من له الخيار وقد أسقطه . وكذلك يسقط الخيار بأى تصرف يدل على الرضا بعد الرؤية ، بقبضه المبيع أو تقطيعه أو صبغه إن كان ثوبا ، أو زرعها وغرسها وبنائها إن كان أرضاً ، أو رهنه وتسليمه للمرتهن ، أو هبته وتسليمه للموهوب له ، أو بيعه ولو بشرط الخيار لنفسه على الصحيح ، أو بيعه أو عرضه للبيع ، أو تعيبه فى يده بما يمنع رده ، أو تصرفه فيه أى تصرف آخر لا يمكن رفعه كإعتاقه أو تدبيره إن كان رقيقاً ، وهكذا إلى غير هذا كله من التصرفات التى فيها دلالة على الرضا و إجازة العقد نهائياً [٢] .

وكذلك يسقط الخيار ويلزم العقد أيضاً ، ببعض الأفعال الضرورية لا الاختيارية ، مثل موت المشترى عندنا — معشر الأحناف — خلافاً للشافعى ، وبإجازة الشريك من شريكين اشتريا شيئاً ولم يرياه عند أبى حنيفة ، وبهلاك المبيع كله أو بعضه ، وزيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة منه أو غير متولدة [٣] .

٦٩٦ — « والأصل ، كما يقول علاء الدين الكاسانى ، أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح

= ثم ، إذا كانت الإجازة قبل الرؤية لاقيمة لها ، فهل كذلك الفسخ ؟ خلاف بين الفقهاء ، والصحيح جوازه ؛ لأن العقد الذى فيه خيار الرؤية عقد غير لازم ، فهو محل للفسخ كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الإعارة والإيداع . البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٥

(١) (المرجع السابق)

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٥ — ٢٦ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٥ — ٢٩٧

(٣) كل ذلك على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى تقدم فى خيار الشرط ، والذى يأتى أيضاً فى خيار العيب .

الإسقاط ، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل الرؤية ولا بعدها » لأن خيار الرؤية ثبت شرعاً حقاً لله تعالى ، فلا يسقط بإسقاط المتعاقد قصداً ، وخيار الشرط والعيب ثابتان باشتراط المتعاقدين ، فكان لمن ثبت له خيار منهما إسقاطه قصداً متى أراد لأنه حقه . وثبوت خيار الشرط والعيب باشتراط المتعاقدين واضح بالنسبة للأول لأنه ينص عليه فى العقد ، وبالنسبة للثانى هو مشروط فى العقد دلالة باشتراط السلامة من العيب دلالة أيضاً ، « والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص » على ما هو مقرر ومعروف(١) .

ومن أجل أن خيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط أو الرضا الصريح ، فهو لا يسقط بالأولى بالرضا دلالة قبل الرؤية ، كالأخذ بالشفعة بسبب العقار الذى اشتراه قبل رؤيته ، فإن طلب الشفعة هذا لا يسقط خيار الرؤية و إن كان يسقط خيار الشرط(٢) .

٦٩٧ — هـ) بقى أن نعرف بم ينفسخ العقد بهذا الخيار وشرائطه . ينفسخ العقد ، بسبب خيار الرؤية ، بالتصريح بالفسخ وما يجرى مجراه ، وبهلاك المبيع قبل القبض لذهاب ركن البيع(٣) .

ويشترط لصحة الفسخ أن يكون الخيار قائماً ؛ لأنه إذا سقط بشىء مما تقدم ونحوه ، صار العقد لازماً فلا يحتمل النقض بالفسخ . ومنها ألا يترتب عليه تفريق الصفقة على البائع بردّ بعض المبيع وإجازة العقد فى البعض ؛ لأن فى ذلك ضرراً عليه ، والفسخ وإن كان حقاً شرعاً للمشترى إلا أنه يجب تفادى ضرر الطرف الآخر ؛ ولأن خيار الرؤية — قبل القبض وبعده — يمنع تمام الصفقة ، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب . ومنها وجوب علم البائع بالفسخ ، ليكون على بينة من أمره وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند الطرفين دون أبى يوسف الذى لا يشترط علم البائع ، على ما تقدم بيانه فى خيار الشرط ، كما تقدم أن أجازة من

---

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٧

(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٧ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ١٩

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٨

له خيار الرؤية لا تتطلب اتفاقاً علم الطرف الآخر لأنه تصرف فى حقه الثابت له شرعاً[١].

على أن اشتراط علم البائع بالفسخ عند الطرفين ، لا يعنى اشتراطهما رضا البائع أو قضاء القاضى به ، سواء كان ذلك قبل القبض أم بعده ، وذلك بالاتفاق . بخلاف خيار العيب على ما سيجىء بيانه ، إذ يشترط بالفسخ بالعيب علم البائع اتفاقاً أيضاً[٢] .

٦٩٨ — وأخيراً ، نذكر أن خيار الرؤية لا يورث ، كما لا يورث خيار الشرط ، إذا مات المشترى مثلا بعد ثبوت الخيار له وقبل أن يختار . وعلل الزيلعى هذا بأن « الخيار ثبت بالنص للعاقد ، والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ، ولأن الخيار وصف له فلا يجرى فيه الإرث[٣] » .

وهنا نلاحظ أن الشافعى يرى أنه يورث ، مثل خيار التعيين والعيب ؛ « لأن الإرث كما يثبت فى الأملاك ، يثبت فى الحقوق الثابتة بالبيع[٤] » . ونحن نميل إلى رأى الشافعى لما سبق أن ذكرناه فى الكلام على خيار الشرط ، إذ نرى أيضاً أنه يجرى فيه الإرث ممن اشترطه لنفسه والمهم من تلك الملاحظة ، أن كلام الشافعى فى وراثة خيار الرؤية يدل على أنه يراه ويثبته فى بعض ما نقل عنه .

خيار العيب

٦٩٩ — هذا هو النوع من الخيار الثابت بشرط المتعاقدين دلالة ؛ لأن سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وإن لم ينص عليها صراحة فى العقد ، فصارت كأنها مشروطة فيه ، ومن ثم شرع هذا الخيار الذى يوجب للمشترى — فى عقد البيع — رد المبيع إذا وجد به عيباً له خطره لا يُتسامح فيه عادة ، ولا خلاف فى ذلك بين الفقهاء فى الشريعة الإسلامية جميعا[٥].

---

(١) و (٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٩٨ — ٢٩٩ ، ٢٧٣ . الزيلعى ، حـ ٤ : ٢٩

(٣) شرح الزيلعى ، حـ ٤ : ٣٠ (٤) البدائع ، حـ ٥ : ٢٦٨

(٥) انظر عند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٨ ومابعدها ؛ وعند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٠١ ومابعدها ؛ وعند المالكية ، مواهب الجليل والتاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤٢٨ ومابعدها .

ولهذا ، لا يحل لأحد أن يبيع سلعة بها عيب دون بيانه للمشترى ، وفيه يقول الرسول عليه السلام : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بيّنه له » . ومرّ صلى الله عليه وسلم ، كما روى مسلم وغيره ، برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه فإذا به مبلول فقال : « من غشنا فليس منا[١] » .

٧٠٠ — والكلام هنا يتطلب — كما يذكر الكاسانى — بيان حكم هذا البيع ، وتعريف العيب الذى يوجب الخيار ، وشرائط ثبوت الخيار ، وكيفية الرد والفسخ بالعيب متى ثبت ، ومن تلزمه الخصومة فى العيب ومن لا تلزمه ، وما يمنع الرد بالعيب وما يسقط به الخيار بعد ثبوته فيلزم البيع ، والرجوع أو عدم الرجوع بنقصان العيب .

٧٠١ — ا) حكم البيع الذى يوجب خيار العيب المشترى ، ثبوت ملك المشترى للمبيع وملك البائع للثمن فى الحال ، إلا أنه ملك غير لازم حتى يمكن للمشترى فسخ العقد إن وجد بالمشترى عيباً يبيح له رده بسببه « لأن السلامة شرط فى العقد دلالة ؛ فما لم يسلم المبيع ، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه[٢] » .

وذلك ، لأن الرضا شرط صحة البيع ، كما هو شرط صحة كل عقد وتصرف إلا بعض المستثنيات القليلة على ما عرفنا من قبل ، وفى هذا يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . ويترتب على هذا الأصل أن عدم الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتاً للحكم على قدر الدليل .

٧٠٢ — ب) وليس كل عيب يوجب الخيار للمشترى ، بل هناك عيوب توجبه وأخرى لا تجعل له هذا الحق فى رد البيع وفسخ العقد . والضابط فى هذا هو

---

(١) الزيلعى ، حـ ٤ : ٣١ ، وقد روى هذا الحديث الإمام مسلم وغيره .
(٢) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧٤

أن ما أوجب نقصان الثمن عند التجار يعتبر عيباً[١] ، وبه يثبت للمشترى الخيار بين رد المبيع وفسخ العقد ، أو إمساك المبيع بكل الثمن[٢] ، لأن الضرر هو بنقصان قيمة المبيع مالياً فى عرف التجار ، وسواء فى ذلك أكان النقصان يسيراً أم فاحشاً[٣] . مثل الجماح والنُّفور فى الدابة ، والعمى والعَوَر فى الحيوان عامة ، والشروخ فى الأوانى ، والصَّدْع فى الحوائط ، وانشغال الأرض بالزرع أو الغرس ، والجار السوء[٤] .

٧٠٣ — حـ) ولثبوت الخيار بالعيب شروط ؛ منها ، ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم ، حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار ، لأن السلعة حصلت فى يد المشترى سليمة ، وهذا هو المطلوب له المشروط بالعقد دلالة[٥] . ومنها ، أن يثبتِ العيب أيضاً عند المشترى بعد أن قبض المبيع ، على تفصيل فى بعض العيوب (الإباق ، السرقة ، الجنون) التى لا يشترط ثبوتها أيضاً عند المشترى فى رأى بعض الفقهاء ؛ لأن ظهورها لدى البائع دليل بقائها وإن لم تظهر ، لأنها لازمة عادة ؛ وأما غيرها فمحتملة الزوال ، فلابد من ظهورها لدى المشترى أيضاً ليكون له حق الرد بالعيب الذى يظهر عنده[٦] .

---

(١) عرف المالكية هذا العيب بما العادة السلامة منه ؛ مواهب الجليل ، التاج والإكليل ، حـ ٤ : ٢٨ — ٤٢٩ . وهو عند الشافعية ، كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح . نهاية المحتاج حـ ٣ : ١٠٨ . وعند الحنابلة ، هو نقص عين المبيع كخصاء ، ولو لم تنقص به القيمة بل زادت ، أو نقص قيمته عادة فى عرف التجار وإن لم تنقص عينه ؛ وفى الترغيب وغيره ، العيب نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع عنها غالباً . كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٨

ولعل الأمر متقارب فى ضابط العيب ، الذى يوجب الخيار ، عند فقهاء المذاهب كلها ، وإن كنا نرى أن الضابط عند الحنابلة أدق وأوفى .

(٢) يجيز الحنابلة فى هذه الحالة إمساك المبيع مع أخذ قيمة ما نقصه العيب ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٦٠ ؛ الشرح الكبير ، حـ ٤ : ٨٧ .

وفى مواهب الجليل أن المشترى ، فى العيب الوسط فوق اليسير ودون الفاحش ، يرجع بنصيبه من الثمن ، حـ ٤ : ٤٣٤ — ٤٣٥ .

(٣) البدائع الموضع نفسه ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٣١ .

(٤) كشاف القناع ، حـ ٢ : ٥٩ .

(٥) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧٥ — ٢٧٦ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٠٨ .

(٦) ومن المفهوم طبعاً أن زوال العيب يسقط الخيار والرد ، إذ هو السبب فى ثبوت الخيار =

٧٠٤ — ومن الشروط أيضاً ، جهل المشترى بوجود العيب عند العقد والقبض فإن كان عالماً به فى حالة من هاتين الحالتين ثم أقدم على العقد أو القبض ، كان راضياً بالعيب دلالة ، فلا خيار له .

ومنها ، أن يشترى دون أن يشـترط البائع البراءة من كل عيب ، حتى لو اشترط ذلك فلا خيار للمشترى حينئذ ؛ لأن شرط البراءة عند الأحناف صحيح ، فإذا أبرأه المشترى يكون أسقط حقه فى الخيار[١] .

والبراءة من كل عيب تصح و إن لم يسم جميع العيوب عندنا ، و يرى الشافعى أنها لا تصح إلا أن يعدّ العيوب التى يبرأ المشترى منها . إنه يرى أن الإبراء من المجهول لا يصح كبيعه ، لما فيه من معنى التمليك ، ونحن نرى أن هـذه الجهالة لا تؤدى للنزاع وهو السبب لعدم الصحة ، بل إن هذه البراءة تقطع النزاع إذ تسقط الخيار وعقابيله[٢] .

٧٠٥ — د) ومتى ثبت العيب ، والمبيع لا يزال فى يد البائع ، يتم فسخ العقد بقول المشترى رددت دون حاجة إلى رضا البائع أو قضاء القاضى ، وذلك بلا خلاف بين الفقهاء ، وكذلك عند الشافعى ولو كان المشترى قبض المبيع[٣] . أما عندنا

= والرد للمشترى ، وبهذا تصرح المتون والشروح عند المالكية . فى مواهب الجليل والتاج والإكليل حـ ٤ : ٤٤٠ ، أن زوال العيب يمنع من خيار العيب والرد ، إلا إذا كان هذا العيب لا تؤمن عودته فلا يمنع ، ويفهم من هذا أن للمشترى الخيار والرد ولو لم يظهر ذلك العيب عنده .

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٧٦ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٤٣ .

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٤٣ ؛ البدائع ، حـ ٥ : ٢٧٦ — ٢٧٧ . وفى نهاية المحتاج (٣ : ١١٠) من أن البيع بشرط البراءة من العيوب ، أو ألا يرد بها ، صحيح مطلقاً ، وهـذا يتفق مع قول الزيلعى (ص ٤٣) بأن للشافعى قولين فى جواز البيع بهذا الشرط .

وفى المدونة عن مالك أن براءة البائع مما لا يعلم من العيوب لا تنفع فى شىء من السلم والحيوان إلا فى الرقيق وحده . وبيع الحاكم على المفلس وغيره ، وكذلك بيع الوارث لقضاء دين أو تنفيذ وصية على أن يعلم ذلك ، يعتبر بيع براءة لا يرد المبيع فيه . مواهب الجليل ، والتاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤٣٩ . ونظن ، أن فيما نقل عن مالك تضييقاً على الناس لا ضرورة له .

(٣) والرد واجب على الفور حال اطلاع المشترى على العيب ، فيبطل بالتأخير من غير عذر ، لأن الأصل فى البيع اللزوم . ولا بأس من تأخير الرد حتى يفرغ من الأكل والصلاة أو يطلع =

فى هذه الحالة لا يتم الفسخ إلا بالتراضى أو قضاء القاضى[1] . وقد تقدم أن الرد بخيار الشرط لا يحتاج لشىء من هذين إجماعاً ، وكذلك بخيار الرؤية بلا خلاف عند الأحناف[1] .

ويشترط لجواز الفسخ علم الطرف الآخر به بلا خلاف بين الأحناف ، بخلاف خيار الشرط والرؤية ؛ وألا يكون فى فسخ العقد تفريق الصفقة على البائع ، إلا إذا رضى البائع باحتمال ما قد يكون فى هذا من ضرر به[2] .

٧٠٦ — هـ) ومتى وجب الرد للمشترى ، واحتيج للقضاء فى بعض الحالات على الخلاف بيننا و بين الشافعية والحنابلة ، كان الخصم للمشترى هو العاقد البائع ؛ سواء أكان أصيلا يرجع حكم العقد (وهو الملكية) له ، أم نائباً عن الأصيل كالوكيل والمضارب والأب والوصى . لأن الخصومة من حقوق العقد ، وحقوق العقد هنا ترجع للعاقد نفسه متى كان أهلا للخصومة ، وإلا تكون الخصومة لازمة للأصيل نفسه[3] .

٧٠٧ — و) وقد يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ، فيلزم البيع ، بأسباب عديدة[4] . من هذه الأسباب ، الرضا بالعيب بعد العلم به ؛ لأنه بالرضا به

= الصبح ، إذا علم بالعيب وهوياً كل أو يصلى أو فى الليل نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١١٨ وما بعدها . وإذا سقط رده بتقصير منه فلا أرش له ، لتفويته هذا الحق على نفسه . ص ١٢٥ .

أما عند الحنابلة ، فخيار العيب على التراخى ؛ فمن علم بالعيب ، وأخر الرد بلا عذر ، لم يبطل خياره بالتأخير ، إلا إذا وجد منه ما يدل على الرضا ، لأن هـذا الخيار شرع لدفع ضرر متحقق فلا يبطل بالتأخير غير الدال على الرضا . كشاف القناع ، حـ ٢ : ٦٥ .

(١) البدائع ، حـ ٥ : ٢٨١ ؛ الزيلعى حـ ٤ : ٣٢ . والحنابلة يرون كالشافعية أن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع أو حضوره أو حكم حاكم به ، سواء كان الرد قبل القبض أم بعده ، لأنه رفع عقد جعل للمشترى وحده كالطلاق ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٦٥ .

(٢) بدائع ، حـ ٥ : ٢٨٦ .

(٣) البدائع ، حـ ٥ : ٢٨١ . ويستثنى من ذلك القاضى وأمينه ، فإن الخصومة لا تلزمهما ، بل تلزم صاحب الشأن ، وإلا لامتنعا عن النظر لصالح عديمى الأهلية أو قاصريها خوفا من التزامهما بالعهدة ؛ المرجع والصفحة نفساها .

(٤) انظر فى هذا ، عند الأحناف ، البدائع ، حـ ٥ : ٢٨١ وما بعدها .

دل على أنه لم يشترط فى العقد دلالة سلامة موضوعه من العيب ، وهذا ما كان يجعل له حق الرد لصالحه .

وهنا الرضا قد يكون صريحاً ، وقد يكون دلالة ؛ كتصرفه فى البيع وهو عالم بالعيب بما يدل على رضاه ، أو بإخراجه عن ملكه ولو لم يعلم بالعيب . فكل ذلك دليل الرضا فيمنع الرد على ما تقدم فى غيره من الخيارات .

٧٠٨ — ويصرحون فى مذهب مالك ، بأنه لو علم بالعيب بعد بيع المبيع أو رهنه أو إجارته أو هبته بعوض يقف الخيار ، حتى إذا عاد المبيع للملك ثانية كان له رده إن كان بحاله لم يتغير ، ورده مع ما نَقَصَه إن دخله عيب جديد . ومعنى هذا ، أنه لو تصرف هكذا بعد العلم بالعيب ليس له الرد ، لأن ذلك التصرف دليل رضاه بالعيب وإمضائه البيع[1] .

٧٠٩ — ولدى ابن حنبل أن المشترى لو أتلف أو استهلك المبيع ، أو وقفه أو رهنه أو وهبه ، غير عالم بالعيب ، ثم علم به له نقصانه لتعذر الرد . وإن فعل شيئاً من ذلك ونحوه كالإجارة ، بعد العلم بالعيب ، كان راضياً فليس له الرد ولا طلب النقصان . وفى قول أن له النقصان ، وهو قياس المذهب والصواب ، كما لو اختار إمساكه قبل تصرفه[2] .

٧١٠ — ولو باع المشترى المبيع المعيب ، ثم — بسبب العيب — رد عليه من المشترى الثانى قبل أن يقبضه منه ، كان له (للمشترى الأول طبعاً) أن يرده على بائعه ، وإن كان الثانى قد رده عليه بالتراضى بغير القضاء ، وذلك بالإجماع ، وإن كان الرد من الثانى بعد قبضه للمبيع ، وكان بقضاء القاضى ، كان للمشترى الأول الرد على بائعه بلا خلاف أيضاً . أما إن كان بالتراضى بغير قضاء ، فله أن يرده على بائعه الأول عند الشافعى ، وليس له هذا عند الأحناف .

(١) مواهب الجليل والتاج والإكليل ، حـ ٤ : ٤٤٤ — ٤٤٥ ، وفيهما بعد ما تقدم أن الإخدام كالرهن والإجارة .

(٢) ويتصل بهذا ، أن البائع لو دلس على المشترى ، أى أخفى العيب عليه ، ثم تلف المبيع عنده [المشترى] رجع بالثمن كله على البائع ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٦٣ — ٦٤ .

يرى الشافعى ، أن المانع من الرد كان خروج المبيع عن ملكه وقد عاد إليه ، فيعود حق الرد له ؛ كما لو رد عليه بخيار شرط أو رؤية على أصل الأحناف أنفسهم . ويرى هؤلاء ، أن قبول الرد بلا حكم حاكم يعتبر فسخاً فى حق المتعاقدين وبيعاً جديداً فى حق الغير ، فصار كما لو عاد إليه بالشراء ؛ وفى هذه الحالة ، لا يكون له الرد . فكذا ذلك[1] .

٧١١ — ومما يمنع الرد أيضاً ، إسقاط المشترى الخيار صراحة أو دلالة ؛ كما إذا كان المبيع داراً فسكنها بعد العلم بالعيب ، أو أخذ فى ترميمها وإصلاحها بالهدم والإنشاء ، لأن خيار العيب حقه فله أن يسقطه . ومنها إبراؤه البائع من العيب ، وهلاك المبيع لأنه محل الرد ، ونقصانه على ما فيه من تفصيل لا حاجة لبيانه هنا ، وزيادته زيادة منفصلة متولدة منه على ما فى ذلك من تفصيل أيضاً[2] .

٧١٢ — ز) قلنا بأن للمشترى رد المبيع بخيار العيب ، أو إمساكه بكل ثمنه . على أن هناك حالات تجعل للمشترى حق الرجوع بنقصان العيب ، وذلك لأسباب مختلفة وبشروط خاصة[3] .

من هذه الشروط ، أن يصبح رد البيع متعذراً بهلاكه أو نقصانه أو زيادته مثلا ، وألا يكون هذا التعذر بسبب من المشترى . فإن كان الرد غير متعذر ، بل كان المشترى يريد التمسك به بعد علمه بالعيب ، كان راضياً به فلا حق له فى الرد ولا فى الرجوع بما ينقصه العيب . وإن كان المبيع موجوداً ، ولكن يمتنع رده بسبب

---

(١) البدائع ، جـ ٥ : ٢٨٢ ؛ وانظر الزيلعى ، جـ ٤ : ٣٧ — ٣٩ .

(٢) فى نهاية المحتاج ، جـ ٣ : ١١٢ — ١١٥ ، أن المبيع لو هلك فى يد المشترى بآفة أو جناية ، فإن مات أو تلف الثوب أو أكل الطعام ، ثم علم بالعيب الذى ينقص القيمة ، كان له الرجوع بالأرش لليأس من الرد لتعذره . وفيه أن استخدام المبيع قبل العلم بالعيب لا يمنع الرد .

ولا يرى المالكية أن زيادة المبيع عند المشترى تمنع من الرد متى وجده معيباً ؛ بل له إمساك المبيع ، وحينئذ يأخذ من البائع نقصان العيب ، وله أن يرده ، وحينئذ يأخذ من البائع القيمة التى زادتها الزيادة فى المبيع . انظر تفصيل الكلام فى الزيادات حسب أنواعها المختلفة ، فى مواهب الجليل ، عن المقدمات لابن رشد ، والتاج والإكليل ، جـ ٤ : ٤٤٧ — ٤٤٩ .

(٣) يرجع فى هذا ، عند الأحناف ، للبدائع ، جـ ٥ : ٢٨٩ — ٢٩١ .

منه كما إذا باعه أو وهبه ثم علم بالعيب ، لم يكن له الرجوع بالنقصان ، لأنه بفعله جعل الرد غير ممكن ، وذلك كان كل حقه بخيار العيب .

ولو كان امتناع الرد وتعذره ليس بسبب من المشترى ، بل بسبب البائع ، أو لهلاكه أو نقصه بفعل سماوى لا حيلة لأحد فيه ، كان للمشترى حق الرجوع على البائع بنقصان العيب لدفع الضرر عنه بقدر ما يمكن بعد ما تعذر الفسخ بسبب لا يد له فيه[1] .

٧١٣ — ويكمل هذا الضابط بشقيه ضابط آخر ، هو أن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشترى ، ويمكنه الرد برضا البائع ، فإخراج المشترى له عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لأنه فوّت على نفسه الرد وهو حقه الأصيل . وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه ، ولا يمكنه الرد وإن رضى البائع ، فإخراج المشترى له عن ملكه لا يمنع من الرجوع بقيمة نقصان العيب ، لأنه لم يتسبب فى تفويت الرد على نفسه بإخراج المبيع عن ملكه ، بل كان الرد ممتنعاً قبله[1] .

٧١٤ — وبالتطبيق لهذين الضابطين ، لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشترى وخاطه أو صبغه ، أو دقيقاً فخبزه أو لتّه بسمن ، أو نحو هذه الحالات ، ثم اطلع على عيب ، رجع بالنقصان . لأن امتناع الرد مع الزيادة التى زادها المبيع ليس من قبل المشترى — وإن كان ظاهراً بسببه — بل لأن الفسخ لا يمكن دون الزيادة لعدم انفكاكها عن المبيع ، ولا معه لأن الفسخ يجب أن يرد على محل العقد وحده وإلا لما كان فسخاً ، ولا يمكن تركها للبائع وإلا كان رِبًا .

وكذلك الأمر فى زيادة المبيع زيادة منفصلة ولكن متولدة منه ، كالولد والثمرة لأن امتناع الرد ليس بسبب المشترى ، بل بسبب الشرع . لأنه لو رد الأصل دون الزيادة لأخذها بلا عوض فكان ربا ، ولو رده معها برضا البائع لكان ربا أيضاً إذ أخذ الزيادة دون مقابل . والنتيجة امتناع الرد لحق الشرع ، وللمشترى حق

---

١) شرح الزيلعي بحروفه تقريباً ، حـ ٤ : ٣٥

الرجوع بالنقصان . ومثل ذلك كله ، ما لو كان المبيع أرضاً فبنى المشترى عليها أو غرس فيها[١] .

٧١٥ — ومن الحالات التي يجوز للمشترى فيها الرجوع بنقصان العيب ، ما إذا حدث بالمبيع عيب ، فله أن يرجع بالنقصان ، وليس له الرد إلا برضا البائع . وحينئذ ليس له إن رضى البائع بالرد أن يرجع بالنقصان ، لأنه لا يصار إلى الخلف إلا عند تعذر الأصل[٢] .

ومن هذه الحالات أيضاً ، شراء الفاكهة والخضر ونحوها ، ثم وجد المشترى ما اشتراه فاسداً ، ولكن يُنتفع به ، وكان قد كسره حتى عرف العيب ، له أن يرجع بالنقصان إلا إذا رضى البائع بأخذه كذلك فعليه رده لا الرجوع بالنقصان ، لأن هذا خَلَف وذاك أصل . وإن وجده لا ينتفع به رجع بكل الثمن ، لأن البيع حينئذ يكون باطلا لعدم ماليّة المبيع[٣] .

---

(١) البدائع ، حـ ٣ : ٢٨٩ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٣٤ — ٣٥

(٢) الزيلعى ، حـ ٤ : ٣٤

(٣) الزيلعى ، حـ ٤ : ٣٧ . وفيه ، ص ٤١ ، أنه لو وجد فى بعض الكيلى أو الوزنى عيباً، كان له رده كله أو أخذه كله بالثمن جميعاً . ولا ندرى نحن الفرق فى ذلك وبين الخضر والفاكهة ونحوها !

الباب الرابع

انتهاء العقد

٧١٦ — كل حادث لابد له من نهاية كما يقول الفلاسفة ، والعقد وُجد بعد أن لم يكن فلا بد له من انتهاء على أى وجه من الوجوه . وهذا الانتهاء يختلف بحسب أنواع العقود ؛ فقد عرفنا أن من العقود ماهو لازم من ناحية طرفيه ، كالبيع والإجارة ؛ ومنها ما هو لازم من طرف واحد ، كعقد الرهن بالنسبة للمرتهن صاحب الدين ، والكفالة بالنسبة للمكفول له أى صاحب الدين أيضاً ؛ ومنها ما هو جائز أى غير لازم من ناحية الطرفين ، كالشركة والعارية والوكالة والوديعة .

ثم العقد اللازم بحسب طبيعته بالنسبة للطرفين ، كالبيع ، قد يكون غير لازم فى بعض الحالات بسبب أحد الخيارات : خيار الشرط أو الرؤية أو العيب ، وحينئذ يحتمل الفسخ . وربما لا يكون فيه خيار مّا ، ولكن يلحقه الفسخ والدفع أيضاً لهذا السبب أو ذاك من الأسباب التى سنعرفها ؛ مثل الإقالة فى العقود الصحيحة ، أو الفساد فى غير الصحيحة ، أو عدم الإجازة فى العقود الموقوفة[1] :

ولنأخذ الآن فى بيان طرق انتهاء العقود على اختلاف أنواعها ، مع ملاحظة أننا تكلمنا فيما سبق عن شىء كثير من ذلك ، ولكن من الخير أن نجمع ما يختص بطرق الانتهاء فى بحث واحد .

العقود اللازمة

٧١٧ — ا) الفسخ للفساد .

إذا كان العقد من العقود اللازمة بطبيعتها ، كالبيع والإجارة ، ولكنه وقع

(١) يستعمل الفقهاء أحيانا كلمة : فسخ بمعنى رفع العقد من أصله بسبب أحد الخيارات مثلا ، وأحيانا بمعنى رفعه بالنسبة للمستقبل كما فى العارية أو الإجارة . ونعمل نحن على تسمية الحالة الأولى إلغاء ، وتسمية الثانية فسخاً . وراجع الأشباه لابن نجيم ص ١٨٥ — ١٨٦ ؛ وشرح الزيلعى فى خيار العيب ، لبيان فائدة هذه التفرقة بين رفع العقد من أصله فى الماضى وبين فسخه بالنسبة للمستقبل.

فاسداً بسبب من الأسباب التي تقدم ذكرها فى قسم العقود الفاسدة ، كان من الواجب على كل من طرفيه فسخه رفعاً للفساد قبل أن يتقرر ، إلا إذا تعذر ذلك بأن باع المشترى ما اشتراه أو وهبه مثلا ، و بذلك يكون الفسخ غير ممكن فعلا ، وعليه حينئذ دفع قيمة المبيع يوم قبضه للبائع الأول لا ثمنه لعدم صحة تعيين الثمن بسبب فساد العقد[١] .

٧١٨ — ب) بسبب الخيار .

و إن وقع العقد صحيحاً ، ولكن بشرط الخيار ، أو وجد فى المبيع عيب يجيز رده لبائعه ، أو كان العقد قد صدر قبل أن يرى المشترى المبيع ثم بدا له ردّه بعد أن رآه — فى كل هذه الحالات ، يجوز للمشترى فى خيار الرؤية أو العيب أو لمن شُرِط له خيار الشرط ولو كان البائع نفسه ، إمضاء العقد بالرضى به أو عدم إمضائه بفسخه . وقد تقدم ذلك تفصيلا فلا معنى لإعادة الكلام فيه ، كما تقدم أيضاً الأمور التي يسقط بها الخيار للبائع أو المشترى فيصير العقد لازماً لا يحتمل الفسخ بحال من هذه الناحية .

ولكن ينبغى أن نشير هنا ، إلى أن العقد فى هذه الحالات التي يجوز فيها الفسخ لا ينفسخ من نفسه ، بل يحتاج إلى الفسخ ممن له حق ذلك . ثم ، هذا الفسخ لا يحتاج إلى قضاء القاضى ، إلا فى أحوال مستثناة ؛ ومنها إذا حدث نزاع بين الطرفين ، أو كان الفسخ فى الزواج لعيب فى الزوج أو غيبته أو إعساره فى النفقة[٢] .

٧١٩ — حـ) بالإقالة .

وربما لا يكون فى العقد خيار ، وقد صدر مستكملا أركانه وشروطه ، ومع ذلك قد يفسخه المتعاقدان برضائهما ، وهذا مما يسمى فى عُرف الفقهاء بالإقالة . وهذه

---

(١) راجع أى مرجع من كتب الفقه ، مثل شرح الزيلعى ، حـ ٤ : ٦٤ — ٦٥

(٢) القواعد لابن رجب ، ص١١٦ ؛ الأشباه لابن نجيم ، ص١٨٥ ؛ الأشباه للسيوطى ص ١٧٨

تكون إذا ندم أحد المتبايعين وأراد الرجوع عن العقد ، ورضى صاحبه ووافقه على ما أراد[1] . والسبب فى اشتراط رضى صاحبه وموافقته ، أن العقد نشأ عن تراض منهما معاً ، فلا يرتفع بسبب يجيز رفعه — كالخيار مثلا — إلا برضائهما معاً ، ورَفْعه حينئذ حق للمتعاقدين .

وفسخ العقد بالإقالة مندوب إليه دَفْعاً لحاجة من ندم على عقد العقد وأراد الرجوع عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أقال نادماً بيعته أقال الله عَثْرته يوم القيامة » ، والحديث روى بألفاظ تختلف بعض الاختلاف[2] . وجعل الإقالة فسخاً للبيع هو رأى جمهور الفقهاء ، إلا أن أبا يوسف من الأحناف يراها بيعاً جديداً بين المتعاقدين ، فى حين يراها أبو حنيفة فسخاً بينهما و بيعاً جديداً فى حق ثالث ، مثل الشفيع إذا نزل عن الشفعة أو لا يكون له حق طلبها ثانياً بعد الإقالة . ولكلٍّ وجهة نظره ، وللخلاف فائدة فى باب العمل والتطبيق لا نرى ضرورة التعرض لبيان ذلك هنا[3] .

٧٢٠ — د) لعدم التنفيذ .

وقد يجوز فسخ العقد اللازم بسبب غير ما تقدم كله ، مثل عدم قيام أحد طرفيه بما التزمه بالعقد . ومن الحق ، أن للطرف الآخر أن يجبر صاحبه بطريق القضاء على تنفيذ التزامه ، وأن للمؤجر أن يمتنع عن تسليم الشيء المستأجَر إذا لم يأخذ الأجرة وكان الشرط دفعها من المستأجر مقدماً ، وأن للبائع حبس المبيع تحت يده حتى يدفع المشترى الثمن .

---

(١) أما إذا كان العقد غير لازم كالعارية ، أو لازما بطبيعته ولكن فيه أحد الخيارات ، فلا تجوز الإقالة فيه ، بل لا يكون لها معنى ، لجواز الفسخ من طريق آخر . راجع البدائع ، حـ ٥ : ٣٠٦ . وأنظر فى شرط رضى المتعاقدين ، ص ٣٠٨

(٢) أنظر الزيلعى ، حـ ٤ : ٧٠ ؛ سنن أبى داود ، حـ ٣ : ٢٧٢

(٣) راجع فى ذلك ، البدائع حـ ٥ : ٣٠٦ — ٣٠٨ ؛ الزيلعى ، حـ ٤ : ٧٠ — ٧٢ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٤ : ١٥٤ — ١٥٧ . وراجع فى ذلك عند الحنابلة ، القواعد ، ، رجب ص ٣٧٩ وما بعدها .

كل ذلك يتطلبه عقد المعاوضة ، إذ هذا الوصف كافٍ وحده فى وجوب التعادل بين الطرفين فى الحقوق والواجبات . وفى هذا نجد الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من القانون المدنى الجديد تنص على أنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يُوفِ أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر — بعد إعذاره المدين — أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض[١] » .

إذاً ، للبائع حق حبس المبيع وعدم تسليمه للمشترى حتى يدفع الثمن له ، وله حق المطالبة قضائياً بذلك ، ولكن هل له حق الفسخ إذا امتنع نهائياً عن تنفيذ هذا الالتزام الذى أوجبه العقد عليه ؟ له ذلك عند جمهور الفقهاء ، ومنهم الأحناف . فقد جوّزوا ما يسمى بخيار النقد ، وصورته أن يقول البائع مثلا : بعتك هذا الثوب ، على أنك إن لم تنقد إلى ثلاثة أيام[٢] فلا بيع بيننا . ويترتب على هذا ، أنه إن دفع المشترى الثمن فى أثناء هذه المدة تم البيع ، وإلا انفسخ العقد . على أن الإمام زفر ، وبعض الفقهاء الآخرين ، قالوا بفساد البيع على هذه الصورة ، وهو القياس[٣] .

٧٢١ — وإن كان سبب عدم التنفيذ استحالته ، لا التعنت من المشترى أو المستأجر مثلا ، بل لسبب سماوى كما يعبر الفقهاء ، أو القوة القاهرة أو الأحوال الطارئة[٤] حسب تعبير رجال القانون — فى هذه الحالة ، لا نجد مبدأ عاماً فى الفقه الإسلامى ، ولكن نجد الفقهاء تعرضوا لذلك فى بعض الحالات التى نشير إلى بعضها :

١) تقدم أن الإجارة تفسخ عند الأحناف بكثير من الأعذار من جانب المؤجر أو المستأجر ، خلافاً للشافعية والمالكية وبعض الفقهاء الآخرين ، فعند

---

(١) يجب أن نلاحظ هنا أن الكلام فى امتناع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه مع القدرة عليه ؛ أما إذا الامتناع بسبب تعذره ، فتلك حالة أخرى .

(٢) يجيز الإمام محمد أن تكون المدة أكثر من ثلاثة أيام ما دامت معينة .

(٣) راجع المبسوط للسرخسى ، حـ ١٣ـ١٧ ؛ مجلة الأحكام العدلية ، المواد : ٣١٣ـ٣١٥

(٤) force majeure, cas fortuits

هؤلاء لا تنفسخ الإجارة — مثل كل العقود اللازمة — إلا بذهاب محل استيفاء المنفعة ، أو تعيّبه[١] .

ومن أجل ذلك ، يرى الإمام مالك أن عقد الإجارة ينفسخ إذا تعذر على المستأجر زراعة الأرض ، لانقطاع الماء عنها أو غلبته عليها . كما يرى أن المستأجر الدار للسكنى حق الفسخ ، إن أراد ، إذا أصابها ما يذهب أكثر منافعها ، مثل انهدام بعض أجزائها أو تتابع نزول المطر على أمتعته لرقّة سقوفها أو تخربها[٢] .

٢) وفى البيع إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يتسلمه المشترى ، ينفسخ البيع ويكون المشترى إذاً غير ملزم بدفع الثمن ؛ والأمر ليس كذلك إذا كان الهلاك فى يد المشترى بعد أن قبضه ، فإنه يضيع على حسابه وعليه دفع الثمن للبائع[٣] . وفى مسألة هلاك المبيع بعد قبض المشترى له ، لا فرق بين أن يكون هلاكه بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع بأن كان حيواناً ، أو بفعل المشترى أو أى إنسان آخر . أما إذا كان الأمر قبل القبض ، ففى الأمر تفصيل .

إنه إن كان الهلاك بآفة سماوية ، انفسخ العقد ويكون هلاكه على حساب البائع كما قلنا آنفاً . أما إذا كان هلاك المبيع بفعل المشترى ، فلا ينفسخ العقد ، ويعتبر المشترى قد قبض المبيع بإتلافه . بقى أخيراً ، أن يكون الهلاك بفعل آخر غير البائع والمشترى ، وهنا يكون للمشترى حق الفسخ ويرجع البائع على الجانى بما جنى فيضمّنه مثل المبيع أو قيمته ؛ كما له أيضاً إمضاء البيع ودفع الثمن للبائع ، ثم الرجوع لحسابه على الجانى[٤] .

---

(١) راجع ما تقدم فى تقسيم العقد إلى عقد فورى ، وآخر متجدد ومستمر . وراجع أيضاً ، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد حـ ٢ : ٢٢٧

(٢) بداية المجتهد ، حـ ٢ : ٢٢٨ ؛ الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى ، حـ ٤ : ٥٨ — ٥٩ ؛ القوانين الفقهية لابن جزى ، ص ٢٦٨ .

(٣) راجع البدائع ، حـ ٥ : ٢٣٨ — ٢٣٩ ؛ الوجيز للغزالى ، حـ ١ : ١٤٥

(٤) البدائع ، حـ ٥ : ٢٣٨ — ٢٣٩ . وأنظر عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٣ : ١٤٠ — ١٤٥ ، فالأمر واحد فى المذهبين . وراجع كشاف القناع ، حـ ٢ : ٨٠ — ٨٢ ، =

٧٢٢ — هـ) لانتهاء مدة العقد :

وإذا كان العقد لمدة معينة غير قابلة للتجديد ، كاستئجار دار مدة سنة أو سيارة لرحلة من الرحلات مدة أسبوع أو شخص ليخدمه شهراً مثلا ، ينفسخ العقد من نفسه أو ينتهى بعبارة أخرى بانتهاء هذه المدة ، ما دام الغرض المقصود منه قد تمّ .

ويقال إن العقد انتهى أيضاً بتحقق الغرض أو الغاية فى صور وحالات أخرى مثل نقل ملكية المبيع للمشترى وملكية الثمن للبائع فى عقد البيع ، أو سداد الدين فى عقد الرهن أو الكفالة ، أو شراء ما وكل الوكيل للقيام به أو بيعه أو تأجيره .

فى العقود غير اللازمة والموقوفة

٢ — ٧٢٣ — غير اللازمة .

من هذه العقود ما هو غير لازم من الجانبين ، كالوديعة والعارية والشركة والوكالة ، إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير كما سبق أن ذكرناه عن المالكية ، فلكل من الطرفين فى هذه العقود ونحوها فسخ العقد متى أراد ما دامت هى بطبيعتها جائزة غير لازمة .

ونحن نميل إلى هذا الرأى وهم يمثلون لذلك بالوكيل فى بيع الرهن لسداد دين المرتهن أى الدائن ، فإن حقه تعلق بهذا التوكيل فليس للموكل المدين عزل الوكيل إلا برضى الدائن . كما يمثلون بالوكيل فى الخصومة ، فليس للوكيل أو المحامى بلغة العصر عزل نفسه دون رضاء موكله إذا كان فى هذا ضرر به[1] .

= فى أثر هلاك موضوع العقد فى البيع أو غيره فى فسخه أو عدم فسخه عند الحنابلة . والمواد ١٥٩ ، ٢١٥ ، ٣٧٣ من القانون المدنى الجديد ، يؤخذ منها أن العقد ينفسخ من نفسه إذا استحال على الملتزم ما التزم به بسبب أجنبي خارج عن إرادته دون مسئولية عليه ؟ فاذا كان السبب منه ، يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وراجع الوسيط للاستاذ السنهورى ص ٧٢٢ — ٧٢٥ .

(١) راجع مواهب الجليل للحطاب على خليل ، حـ ٥ : ١٨٧ — ١٨٨ . وراجع مثل ذلك عند الأحناف ، الزيلعى ، حـ ٦ : ٨١ فى كتاب الرهن . فقد جاء فيه أنه إذا أشرطت الوكالة =

والعقود اللازمة من جانب ، وغير لازمة من الجانب الآخر ، هى مثل الرهن والكفالة . فللمرتهن فسخ عقد الرهن من جهته دون رضى الراهن ؛ ولكن ليس لهذا فسخه دون رضا صاحبه لتعلق حقه بالرهن . وكذلك الأمر فى الكفالة يكون للمكفول له أى صاحب الدين فسخ عقد الكفالة من ناحيته ولو لم يرض المكفول عنه المدين ، على حين أن ذلك ليس للمكفول عنه ، لتعلق حق الأول بالكفالة كما فى الرهن[1] .

أثر الموت فى انتهاء العقد

٧٢٤ — للموت أثره فى انتهاء كثير من العقود ، وهذا أمر طبيعى معقول ، ما دام الموت يخرج العاقد عن الأهلية ، وقد شرطنا لصحة العقد أن يكون العاقد أهلا لإنشائه . ولنبحث ذلك فى بعض العقود من الطوائف الثلاث ، وهى : الإجارة الرهن ، الكفالة ، الوكالة ، الشركة ، والمزارعة والمساقاة .

أ) الإجارة :

٧٢٥ — هذا العقد ، وهو من العقود اللازمة من الجانبين ، ينفسخ من نفسه بموت من وقع له العقد[2] ، خلافا للشافعى الذى لا يرى انتهاء هذا العقد بموت من صدر له . ومردُّ هذا الخلاف إلى اختلاف الأحناف والشافعية فى تصوير انعقاد الإجارة . إن موضوعها عند الأولين هو المنافع التى تحدث شيئاً فشيئاً ، فما يحدث منها بعد موت المالك لا يكون مملوكا له فلا يصح بقاء العقد عليه ؛ على حين أن

= لأحد فى عقد الرهن ببيع المرهون عند حلول الدين ، لم ينعزل الوكيل بعزل موكله الراهن ولا بموته أو موت الدائن المرتهن ، لتعلق حق المرتهن بذلك . ومن المهم ملاحظة الفقرة الثانية من المادة ٧١٥ من القانون المدنى الجديد ، فهى تسير على هذا الرأى .

(١) ومن المفهوم ، أن فسخ العقد هنا لا يتوقف على حكم القاضى ، كما أنه لا يكون له أثر رجعى .

(٢) أى لا يؤثر موت العاقد ، إذا كان وكيلا عن أحد طرفيه أو وصياً أو ناظر وقف ، و نحو ذلك ، لأن العقد وقع لغير من قام به نائباً عن غيره .

الآخرين يجعلون المنافع موجودة كلها حال العقد ، فيكون الأمر كالبيع الذى لا يبطل بموت أحد المتبايعين[1] .

وعلى القول بانفساخ العقد بالموت ، إذا حصل هذا قبل المدة المعينة فى العقد ، وفى الأرض المستأجرة زرع لم يئن حصاده ، يجب إبقاؤه حتى يُحصد ويكون على الورثة باقى الأجرة المسماة فى العقد ، وفى ذلك تحقيق لصالح الطرفين : المالك ، وورثة المستأجر[2] .

٢) الرهن والكفالة :

٧٢٦ — هذان العقدان من العقود اللازمة من جانب واحد وهو جانب الدائن المرتهن أو المكفول له ، كما أن كلا منهما عقد تابع لعقد أصلى هو الذى حصل فيه التزام المدين بالدين الذى أراد الدائن التوثق له بعقد الرهن أو الكفالة . فإذاً ، من حق الدائن وحق ورثته إذا مات ألا ينتهى العقد أو ينفسخ بالوفاة ، ضماناً لدينه وحفظاً له من الضياع .

ولذلك ، نجد الفقهاء يقولون بأنه متى مات الراهن [المدين] يباع الرهن لقضاء الدين إن كان ورثته صغاراً ، فإن كانوا كباراً خلفوا الميت فى المال ، فكان عليهم تخليص الرهن بقضاء الدين . ويذكر الإمام الطحاوى أن المرتهن أحق بالرهن وبثمنه إن بيع ، فى حياة الراهن كان ذلك أو بعد وفاته[3] .

وفى الكفالة ، نجد التصريح بأن موت الأصيل المدين لا يُنهى العقد ، لقيام الكفيل مقامه ، وأن الكفيل لا يخرج عن الكفالة إلا بأداء الدين منه أو من

---

(١) على هذا جرى القانون المدنى ، ومع ذلك فقد أجاز لورثة المستأجر الحق فى طلب إنهاء العقد فى حالات خاصة . راجع المادتين : ٦٠١ ، ٦٠٢

(٢) البدائع ، حـ ٤ : ٢٢٢ — ٢٢٣ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ ٧ : ٢٢٠ — ٢٢١ ؛ الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٥ : ٥٤ — ٥٦ . وراجع عند الشافعية ، نهاية المحتاج حـ ٤ . ٢٣٠ . والحنابلة مع الشافعية فى هذا ، راجع كشاف القناع حـ ٢ : ٣١١ . وقد حكى ابن رشد الحفيد الخلاف فى ذلك بين الفقهاء بعامة ، بداية المجتهد حـ ٢ : ٢٢٨

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ ٥ : ٣٤٥ ؛ مختصر الطحاوى ، ص ٩٥

الأصيل ، أو بإبراء الدائن نفسه من الدين أو نزوله عن الكفالة ، وله هذا النزول لأن هذا من حقه[1] .

٣) الشركة والوكالة :

٧٢٧ — وفى هذين العقدين ، وهما من العقود الجائزة غير اللازمة من الجانبين ، نجد اتفاق الفقهاء والقانون تاماً على أنهما ينتهيان بالموت : موت الموكل ، أو الوكيل ، أو الشريك .

ففى الشركة ، ينفسخ العقد بموت أحد الشريكين فيما بينه و بين صاحبه ، سواء أعلم بالموت أم لم يعلم ، لبطلان أهلية التصرف بالموت[2] . ومن ناحية أخرى ، فكل الشريكين وكيل عن صاحبه فى تصرفاته التى يقوم بها عنه وعن نفسه ، وموت الموكل يعتبر عزلا حكمياً للوكيل وإن لم يعلم به[3] .

وكذلك الأمر فى الوكالة ؛ فإنها تنفسخ بالموت وخروج أحد الطرفين عن الأهلية ، والسبب ما ذكرناه فى الشركة ، ويستوى فى انفساخ هذا العقد علم الطرف الآخر بموت صاحبه وعدم علمه[4] . على أن موت الموكل يسقط عقد الوكالة ، إذا كان يوكل عن نفسه بصفته الشخصية ، فإن كان وصياً أو قيّما أو ناظر وقف

(١) البدائع ، حـ ٦ : ١١ ، والناظر فى القانون المدنى ، يجد أن الموت ليس من أسباب انتهاء عقد الرهن أو الكفالة . راجع ، فيما يختص بالرهن ، المواد ١٠٨٢ — ١٠٨٤ ؛ وفيما يختص بالكفالة ، المواد من ٧٧٢ — ٨٠١ . وذلك ، كما قلنا ، أمر يقتضيه العدل وضمان حق الدائن .

(٢) ولهذا ، يعتبر الجنون ونحوه مما يخرج به الإنسان عن الأهلية مثل الموت فى ذلك

(٣) مختصر الطحاوى ، ص ١٠٨ ؛ البدائع ، حـ ٦ : ٧٨ . وراجع عند الشافعية ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٨ ؛ وعند الحنابلة ، كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٥٨ — ٢٥٩ ؛ وعند المالكية بداية المجتهد ، حـ ٢ : ٢٥٣ .

(٤) راجع بداية المجتهد لابن رشد ، حـ ٢ : ٢٩٨ ، ففيه شىء من الخلاف والتفصيل فى مسألة وجوب العلم بالموت أو عدم وجوبه ، لانفساخ العقد إذا مات الموكل ، فى حق عملاء الوكيل .

مثلا ، ثم مات لا تنفسخ الوكالة لأنه كان يتصرف باسم غيره ، وهذا « الغير » لا يزال موجودا[١] .

٤) المزارعة والمساقاة[٢] :

٧٢٨ — فى هذين العقدين ، غير اللازمين أيضاً ، بعض الخلاف فى أثر الموت بين الفقهاء . فعند الشافعية خلاف فى جواز عقد المزارعة ، والأصح فيما يرون عدم جوازه لسهولة الحصول على منفعة الأرض بالإجارة ، ولأن ورد نهى الرسول عنها . ولا يختلفون فى جواز المساقاة ، ويعرفونها بأنها تعهُّد شجر بجزء من ثمرته . ودليل شرعيتها معاملة الرسول يهود خيبر على نخلها وأرضها بشطر مايخرج منها[٣] ، ثم إجماع المسلمين بعد ذلك للحاجة إلى مثل هذا العقد .

وإذا مات المالك ، لا ينفسخ العقد مطلقاً ، بل يبقى العامل على عمله وله حصته فى الثمر والزرع من الناتج من الأشجار والأرض . وإن مات العامل ، كان على ورثته القيام مقامه إن خلّف تركة ينفقون على العمل منها ، وإلا لا يجبرون على ذلك وينفسخ العقد[٤] .

وإلى مثل رأى الشافعية يذهب المالكية ؛ فعندهم جواز المساقاة فى الشجر ، والمزارعة فى الأرض التى تكون بين الأشجار تبعاً لها ، وأن المساقاة عقد موروث فلورثة العامل متى مات القيام مقامه[٥] .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١١٠ ؛ البدائع ، حـ ٦ : ٣٨ ؛ نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ٤١ ؛ كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٣٦ . وانظر فى ذلك المادة ٥٢٨ فى الشركة ، والمادة ٧١٤ فى الوكالة من القانون المدنى .

(٢) المزارعة ، عقد على زرع الأرض بنسبة معينة من المحصول ؛ والمساقاة كذلك ، ولكن عمل العامل هو العناية بأشجار الفاكهة الموجودة بالأرض .

(٣) هنا تكون الأرض التى بين الأشجار مزارعة تابعة للمساقاة ، فجازت لذلك بطريق التبعية. وقد حكى صاحب البدائع ، حـ ٦ : ١٧٥ ، عن الشافعية عدم جواز للزارعة بطريق الاستقلال ، فضلا عن الرملى فى نهاية المحتاج كما سيجىء .

(٤) راجع فى هذا وما قبله ، نهاية المحتاج ، حـ ٤ : ١٧٩ — ١٨١ ، ١٨٩ . وفى القانون المدنى ، المادة ٦٢٦ ، لا ينفسخ هذان العقدان بموت المالك ، ولكن بموت العامل .

(٥) بداية المجتهد حـ ٢ : ٢٤٣ — ٢٤٤ ، ٢٤٧

٧٢٩ — أما عند الأحناف ، فقد قال الإمام أبو حنيفة بعدم جواز المزارعة وكذلك المساقاة . لأن كلاً منهما تأجير واستئجار للأرض ببعض الخارج منها . وذلك نهى عنه لقول الرسول لرافع بن خُديجْ فى بستان كان يعمل فيه : « لاتستأجره بشيء منه » ، كما نهى عن أن يطحن الطحان الحبوب بشيء من الدقيق . ثم فى هذا العقد ، نجد بدل منفعة الأرض وعمل العامل مجهولا ، وهذا لا يجوز إلا أن الصاحبين أجازا هذين العقدين لما سبق أن ذكرناه ونحن نتكلم عن مذهب الشافعى[1] .

وعلى مذهب من يجيزها مع الصاحبين من فقهاء الأحناف ، نجد كلا من هذين العقدين ينفسخ بموت صاحب الأرض أو العامل أى المزارع أو المُساق . وسواء فى ذلك أكان موت الواحد منهما قبل العمل والزراعة أم بعدها ، وسواء أكان الزرع أو الثمر قد آن حصاده وجنيه أم لا . وذلك ، كما يقول علاء الدين الكاسانى ، « لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه لأنه عاقد لنفسه ، والأصل أن من عقد لنفسه بطريق الإصالة يُحكْم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة[2] » .

هذا ، والفسخ يظهر أثره دائماً فى المستقبل لا فى الماضى . وعلى ذلك ، إذا مات رب الأرض ، قبل أن يكون الزرع قد آن حصاده ، تترك الأرض بيد المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم المحصول بينهما حسب ماشرطاه ، ففى هذا مصلحة للطرفين معاً . وإن مات المزارع ، كان لورثته — إن أرادوا — المضى فى العمل حتى يجىء أوان الحصاد ؛ وإن رغبوا فى عدم العمل كان لهم ذلك لانفساخ العقد حقيقة بوفاة مورثهم ، وكان اعتباره قائماً تقديراً نظراً لمصلحتهم[3] .

---

(١) وراجع البدائع ، حـ ٦ : ١٧٥ ، ١٨٥ ؛ بداية المجتهد ، حـ ٢ : ٢٤٢

(٢) البدائع ، حـ ٦ : ١٨٤ . والمساقاة كالمزارعة فى هذا ، راجع ص ١٨٨ . ونقول نحن بأن الضرورة تقضى بعدم انفساخ العقد بالوفاة ، كما رأينا عند فقهاء المذاهب الأخرى ، وفى ذلك خير واستقرار فى المعاملات .

(٣) البدائع ، حـ ٦ : ١٨٥ . والأمر كذلك فى المساقاة ، أنظر ص ١٨٨ . والحنابلة فى هذين العقدين ، من ناحية الجواز والفسخ بالموت وأثر الفسخ ، يميلون مع الأحناف . أنظر كشاف القناع ، حـ ٢ : ٢٧٨ — ٢٧٩ ، ٢٨٢

ب — العقود الموقوفة

٧٣٠ — بقى أن نقول بأن من العقود ما هو موقوف على إجازة غير العاقد ، كعقد الفُضولى الذى يتوقف على إجازة صاحبه ، خلافاً للشافعى الذى يرى أن عقد الفضولى لا ينعقد فهو باطل ولا تلحقه الإجازة . ومن هذا الضرب من العقود ، عقد الصبى المميز ، فإنه موقوف على إجازة وليه أو وصيه ، وعقد الوصية لوارث بأى قدر من التركة أو لأجنبى بأكثر من ثلث التركة ، فإنه موقوف على إجازة الورثة . وقد بحثنا ذلك مفصّلاً عند الكلام على الأهلية والولاية وأقسام العقود ، فلا حاجة لإعادة الحديث فيه[1] .

إذاً ، التصرف أو العقد الصادر ممن ليس أهلا له ، ولا ولاية له على إصداره يعتبر عند جمهرة الفقهاء المسلمين موقوفاً . أى أن لصاحب الشأن أن يجيزه ، فتكون هذه الإجازة اللاحقة فى حالة الفضولى كالإجازة السابقة ؛ أو لا يجيزه ، أو أن يفسخه بتعبير آخر . إن وجد المصلحة فى هذا . كما أن للفضولى نفسه أن يفسخ العقد دفعاً للعُهْدة عن نفسه ؛ فإن الحقوق فى البيع مثلا ترجع لمن باشر العقد ، فله أن يدفع ذلك عن نفسه بفسخ العقد[2] .

(١) وانظر فى ذلك عند الحنابلة ، القواعد لابن رجب ص ٤١٧ وما بعدها . وعند الأحناف والشافعية ، البدائع ، حـ ٥ : ١٤٨ ومابعدها .
(٢) البدائع ، حـ ٥ : ١٥١

خاتمة

لانفساخ العقد من نفسه ، أو فسخه من أحد الطرفين أو من كليهما معاً ، آثار مختلفة حسب اختلاف ضروب العقود . وقد تقدم الكلام عن ذلك فى المكان المناسب ، فى بحث الخيارات ومواضع أخرى ، فلا حاجة للتطويل بإعادة ما سبق ذكره .

هذا ، وقد كنا على نية الكتابة بإيجاز بعد ذلك على العقود عقداً عقداً ، مثل عقد البيع والإجارة والرهن والعارية وغيرها ، ولكن رأينا العدول عن ذلك لأمرين :

١ — كفاية ما كتبناه عن تلك العقود ، فى أثناء بحث نظرية العقد ، لتعرّفها وبيان أهم أحكامها وآثارها .

٢ — الرغبة فى عدم بلبلة القارىء ؛ بإعطائه صورة موجزة غير تامة عنها فى الفقه الإسلامى ، فتختلط فى ذهنه بما سيدرسه عنها فى القانون المدنى بالتفصيل .

وإلى هنا يقف القلم بعد أن تم لنا ما أردنا بحثه حسب ما وَسِعَنا من جهد ووقت وحَسْبُنا أننا تقدمنا — فيما نعتقد — خطوة إلى الأمام ، وبخاصة فى نظرية العقد ، بعد أولئك الذين كتبوا قبلنا من رجال العلم فى الموضوع . ونستغفر الله مما نكون قد وقعنا فيه من خطأ ، برغم شدة البحث وتحرّي الصواب .

ولله الحمد فى الأولى والآخرة ، ونَضْرع إليه أن يديم علينا نعمة العون والتوفيق والسداد ؟

أهم مراجع الكتاب

القرآن والحديث

١ — الاتقان فى علوم القرآن ، للامام جلال الدين السيوطى المتوفى عام ٩١١ هـ . وهو فى جزأين ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣١٨ هـ .

٢ — أحكام القرآن ، لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ فى ثلاثة أجزاء طبع الآستانة سنة ١٣٣٥ — ١٣٣٨ هـ . وهو كتاب جليل فى فقه القرآن والسنة ، ويشير فيه صاحبه — وإن كان حنفياً — إلى المذاهب الأخرى ، وقد رتبه على سور القرآن ، ومن الخير عمل فهرست تحليلى له بالبحوث والأحكام التى وردت فى أكثر من موضع ، يشار فيه إلى جميع مواضع مأخذ الحكم الواحد .

٣ — سنن أبى داود السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ، الطبعة الثانية بمطبعة السعادة سنة ٥٠ — ١٩٥١ م ، ومرتبة على أبواب الفقه المعروفه . وطبعتها جيدة ، وعليها تحقيقات وتعليقات قيمة .

٤ — اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخارى ومسلم ، وقد توفى الأول سنة ٢٥٦ هـ والثانى سنة ٢٦١ هـ ، وضع محمد فؤاد عبد الباقى ، مرتب على أبواب الفقه طبع عيسى البابى الحلبى وشركاه سنة ١٩٤٩ ، فى ثلاثة أجزاء ، وعليه تعليقات .

٥ — مسند الإمام أحمد بن خليل المتوفى سنة ٢٤١ هـ ، تحقيق وشرح العلامة الشيخ أحمد محمد شاكر ، نشر دار المعارف بمصر ، وظهر منه حتى اليوم عشرة أجزاء

٦ — موطأ الإمام مالك المتوفى عام ١٧٩ ، مع شرحه للامام جلال الدين السيوطى وهو كتاب حديث وفقه معا ، طبع مصطفى البابى الحلبى بالقاهرة عام ١٩٥١ م . فى جزأين .

أصول الفقه

٧ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم الأندلسى على بن أحمد بن سعيد ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، فى ثمانية أجزاء حسب تجزئة المؤلف ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بالقاهرة عام ٤٥ — ١٣٤٨ هـ . وهو المرجع الاول لمعرفة أصول الفقه الظاهرى .

٨ — الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن الآمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ .

أربعة أجزاء ، طبع دار المعارف بالقاهرة عام ١٩١٤ م ، وكثير ممن كتبوا فى هذا الموضوع عيال على هذا الكتاب الجليل .

٩ — أصول الفقه للمرحوم الشيخ محمد الخضرى ، الطبعة الثانية ، المطبعة الرحمانية بالقاهرة عام ١٩٣٣ م وهو كتاب جامع جيد محرر فى جزء واحد .

١٠ — الاعتصام لأبى إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبى والغرناطى ، المتوفى عام ٧٩٠ هـ ، طبعة مصطفى محمد بالقاهرة بلا تاريخ ، جزءان . وهو كتاب يدعو إلى العمل بالكتاب والسنة وترك البدع ، والمطبوع هو ماوجد فقط منه .

١١ — التلويح والتوضيح ، تم طبعه عام ١٣٠٤هـ بالآستانة . والتوضيح هو شرح متن التنقيح ، وكلاهما لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود بن محمود المحبوبى المتوفى عام ٧٤٧ هـ[1] ، والتلويح حاشية أو شرح بالقول على التوضيح ، لسعد الدين مسعود ابن عمر التفتازانى المتوفى عام ٧٩٣ هـ .

١٢ — رسالة الشافعى ، وقد طبعت عام ١٣٢١ هـ بالمطبعة الأميرية بالقاهرة مقدمة للجزء الأول من كتاب الأم ، كما نشرها الأستاذ الشيخ أحمد شاكر عام ١٣٥٧ هـ مستقلة بمطبعة الحلبى .

١٣ — علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامى ، للاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الرابعة عام ١٩٥٠ م

١٤ — الفروق ، للامام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس الصنهاجى ، المشهور بالقرافى ، وبهامشه حاشية سراج الدين أبى القاسم الأنصارى المعروف بابن الشاط ، المسماة : إدرار الشروق على أنواء الفروق ، المطبعة التونسية الرسمية عام ١٣٠٢ هـ ، وهو كتاب جليل تفرد بمباحث لا يستغنى عنها دارس ولافقيه ، فى أربعة أجزاء .

١٥ — كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، لأبى البركات حافظ الدين النسفى المتوفى عام ٧١٠ هـ ، مع شرح نور الأنوار على المنار لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبى سعيد المتوفى عام ١١٣٠ هـ . وبهامشه حاشية محمد عبد الحليم اللكنوى الأنصار ، المسماة بقمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار . الطبعة الأولى ببولاق عام ١٣١٦ — ١٣١٧ هـ ، فى جزأين فى مجلد واحد .

---

(١) جاء فى آخر النسخة أن متن التنقيح لابن الحاجب ، وهو خطأ . انظر كشف الظنون لحاجى خليفة مادة تنقيح ، حـ ١ عمود ٤٩٦ من طبعة الآستانة عام ١٩٤١ م .

١٦ — كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول فخر الإسلام أبى الحسن على بن محمد بن حسين البزدوى المتوفى عام ٣٧٠ هـ ، طبعة الآستانة عام ١٣٠٧ هـ . أربعة أجزاء مرقمة صفحاتها بتسلسل من الأول للأخير ، فى مجلدين .

١٧ — مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ، للمولى المحقق أبى الفضل محيى الدين مُنلا خُسرو ، وملحق به حاشية الطرسوس على المرآة ، طبعة الآستانة عام ١٣١٢ هـ كما جاء بصدر الكتاب ، وجاء فى آخره أنه تم عام ١٣١٧ هـ

١٨ — المستصفى من علم الأصول لحجة الإسلام الإمام أبى حامد الغزالى المتوفى عام ٥٠٥ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق بالقاهرة عام ١٣٢٢ — ١٣٢٥ هـ فى جزأين ، وهو كتاب محدد دقيق .

١٩ — الموافقات فى أصول الأحكام ، للشاطبى السابق الذكر ، المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٤١ هـ ، فى أربعة أجزاء ، وهو كتاب جليل لا يستغنى عنه .

٢٠ — النبذ فى أصول الفقه الظاهرى ، لابن حزم السابق ذكره ، بتعليق العالم الأجل المرحوم الشيخ محمد زاهد بن الحسن الكوثرى . مطبعة الأنوار عام ١٣٦٠ هـ بالقاهرة . وهو كتاب لطيف الحجم ، إلا أنه جمع أشتات مسائل كثيرة فى الأصول .

تاريخ وتراجم

٢١ — تاريخ بغداد للحافظ أبى بكر الخطيب البغدادى المتوفى سنة ٤٦٣ هـ ، فى أربعة عشر جزءا ، الطبعة الأولى بالقاهرة بمطبعة السعادة عام ١٩٣١ م . وهو كتاب يؤرخ للخلفاء والملوك والأمراء والوزراء والأشراف والعلماء ، على اختلاف درجاتهم وطبقاتهم ، وبذلك لا يستغنى عنه باحث فى الدراسات الإسلامية .

٢٢ — تذكرة الحفاظ ، للامام الحافظ شمس الدين الذهبى مؤلف تاريخ الإسلام والمتوفى عام ٧٤٨ هـ . الطبعة الثانية بمطبعة دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الدكن بالهند ، فى أربعة أجزاء ، طبع عام ٣٣ — ١٣٣٤ هـ .

٢٣ — الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب ، لقاضى القضاة برهان الدين إبراهيم بن على فرحون المالكى ، الطبعة الأولى عام ١٣٥١ هـ بالقاهرة بمطبعة المعاهد . وقد اشتمل على أكثر من ٦٣٠ اسما من مشاهير الفقهاء وحفاظ الحديث وأكابر الرواة وغيرهم .

٢٤ — سيرة ابن هشام ، وأصلها لسيرة الرسول ولكن الكتاب قد اشتمل

على أحوال العرب قبل الإسلام والمسلمين عامة فى الأيام الأولى للاسلام ، وهو فى أربعة أجزاء ، نشر المكتبة التجارية بالقاهرة عام ١٩٣٧م ، وعليه شروح وتحقيقات قيّمة .

٢٥ — شذرات الذهب فى أخبار من ذهب : للمؤرخ الفقيه الأديب عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى عام ١٠٨٩ هـ ، نشر مكتبة القدسى بالقاهرة عام ١٣٥٠ هـ ، فى عشر مجلدات . هو كتاب قيم فى موضوعه ، يترجم لأعيان العلماء ، كما أنه كتاب فى التاريخ الإسلامى إذ يؤرخ لأحداثه الهامة حسب السنوات .

٢٦ — طبقات الأمم ، للقاضى صاعد بن أحمد الأندلسى المتوفى عام ٤٦٢ هـ ، مطبعة محمد مطر بالقاهرة . وهو ، على لطف حجمه ، مصدر هام وأصيل عن مؤلفه ببيان الأمم القديمة ، ثم الأمة الإسلامية فى الأقطار المختلفة ، ومبلغ عناية كل منها بالعلم .

٢٧ — طبقات الشافعية الكبرى ، لشيخ الإسلام تاج الدين عبد الوهاب بن تقىّ الدين السبكى المتوفى عام ٧٨١ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الحسينية المصرية بالقاهرة عام ١٣٢٤ هـ ، فى ستة أجزاء . وهو كتاب ، كما يدل عليه اسمه ، يؤرخ للعلماء الشافعية مرتبين حسب طبقاتهم المتعددة .

٤٨ — وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، للقاضى أحمد الشهير بابن خلِّكان المتوفى عام ٦٨١ هـ ، طبع المطبعة الأميرية عام ١٢٧٥ هـ

وهو كتاب فى تاريخ العلماء ومشاهير رجالات الإسلام معروف ، ولا غناء عنه .

مراجع عامة

٢٩ — الأموال (كتاب) للامام الحجة أبو عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ نشر المكتبة التجارية بمصر عام ١٣٥٣ هـ ، وعليه تعليقات وتحقيقات قيمة جدا ، ولا غنى لمن يبحث فى النظام المالى فى الإسلام من الرجوع إليه .

٣٠ — تاريخ التشريع الإسلامى للمرحوم الشيخ محمد الخضرى ، مطبعة الاستقامة بالقاهرة عام ١٩٣٩ م

٣١ — تأسيس الشيعة لعلوم الإسلام ، للمرجع الدينى الأكبر آية الله السيد الحسن الصدر ، طبع العراق عام ١٩٥١ م . وهو مرجع هام فى موضوعه ، ولكن فيه من علماء أهل السنة المشاهير ما جعلهم المؤلف من الشيعة .

٣٢ — التعريفات ، للسيد الشريف الجرجانى ، طبع استانبول عام ١٣٢٧ هـ . وهو خاص بتعريفات مصطلحات العلوم المختلفة وأصولها .

٣٣ — الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، للشيخ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي ، أربعة أجزاء ، بدىء طبعه بالرّباط من مراكش عام ١٣٤٠ هـ وتم بعد ذلك بسنوات بتونس . وهو كتاب تناول تاريخ الفقه فى مراحله المختلفة ، وترجم لأعيان الفقهاء حتى وصل إلى العصر الحاضر الذى نعيش فيه ، إلا أنه لا ينسب — إلا فى النادر جدا — ما أخذه من المراجع المختلفة لأصحابها .

٣٤ — الخراج (كتاب) ، رسالة كتبها أبو يوسف صاحب الإمام إبى حنيفة إجابة لطلب الخليفة لتكون دستوراً يعمل به فى جباية الخراج والعشور والصدقات ، الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق بمصر عام ١٣٠٢ ، وبهامشه الجامع الصغير فى الفقه لمحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة أيضا .

٣٥ — الخراج (كتاب) ليحي ابن آدم القرشى المتوفى عام ٢٠٢ هـ ، المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٤٧ هـ ، وعليه تعليقات وتحقيقات قيمة للأستاذ الشيخ أحمد محمد شاكر ، وهو كسابقه وككتاب الأصول لابن سلام من مراجع النظام المالى فى الإسلام فى العصور الأولى .

٣٦ — الفهرست لابن النديم ، طبع المطبعة الرحمانية بالقاهرة عام ١٣٤٨ هـ . وهو كما جاء بمقدمة المؤلف : فهرست كتب جميع الأمم من العرب والعجم ، الموجود منها بلغة العرب وقلمها ؛ فى أصناف العلوم وطبقات مؤلفيها وأنسابهم وتاريخ مواليدهم ومبلغ أعمارهم وأوقات وفاتهم ، وأمكن بلدانهم ، ومناقبهم ومثالبهم ، منذ ابتداء كل علم إلىعصرنا هذا وهو سنة ٣٧٧ للهجرة » . فهو ، كما ترى ، كتاب هام جدا لا يستغنى عنه باحث فى العلوم الإسلامية .

٣٨ — كشاف اصطلاحات الفنون ، لمحمد على التهانوى ، طبع المجلد الأول منه بالآستانة عام ١٣١٧ هـ ، ومن قبلُ طبع كاملا بكَلْـكُتَّا بالهند عام ١٨٦٢ م . وهو كتاب فى الدرجة الأولى من الأهمية فى موضوعه ، ويعتبر دائرة معارف فى العلوم الإسلامية .

٣٨ — مفاتيح العلوم ، لأبى عبد الله الخوارزمى المتوفى عام ٣٨٧ هـ ، طبعة ليدن بهولانده عام ١٨٩٥ م بعناية المستشرق المعروف فان فلوتن . وهو جزء واحد ، وله أهميته فى بابه .

٣٩ — مفتاح السعادة ومصباح السيادة فى موضوعات العلوم ، للمولى احمد ابن مصطفى المعروف بطاش كبرى زاده المتوفى عام ٩٦٢ هـ . الطبعة الأولى بحيدر آباد

الدلن عام ١٣٢٨ — ١٣٥٦ هـ وهو كأمثاله من المراجع الهامة فى موضوعاتها ، فلا يستغنى عنه باحث فى العلوم الإسلامية ، فضلا عن ترجمته لكثير من أعيان العلماء .

٤٠ — مقدمة ابن خلدون المؤرخ المعروف ، المتوفى عام ٨٠٨ هـ ، طبع مطبعة التقدم بالقاهرة عام ١٣٢٢ هـ ، وهو مرجع أشهر من أن يعرف منا بكلمة عنه ، ولكن نشير إلى تأريخه للعلوم الإسلامية وتطور كل منها حتى عصر المؤلف .

فقـــه حنفى

٤١ — الأشباه والنظائر ، للشيخ إبراهيم زين الدين بن نجيم ، مطبعة وادى النيل بالقاهرة عام ١٢٩٨ هـ جمع فيه مؤلفه القواعد العامة للفقه ، وما يدخل تحت كل قاعدة من المسائل الأشباه والنظائر .

٤٢ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ ، فى سبعة أجزاء وهو من أدق الكتب فى المذهب وأفضلها نظاماً وترتيباً ، كما يعتبر من الكتب التى عنيت بالمقارنة . طبع عام ٣٢٧ — ١٣٢٨ هـ ، الطبعة الأولى ؛ جزء ١ — ٢ بمطبعة شركة المطبوعات العلمية ، ٣ — ٧ بمطبعة الجمالية بالقاهرة .

٤٣ — تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣ هـ ، فى ستة أجزاء ، وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى ، المطبعة الأميرية ببولاق عام ١٣ — ١٣١٥ هـ . ويمتاز الشرح ، لا بكثرة المســائل والتفريعات ، ولكن بعرض الآراء والاستدلال لها ثم بالاحتجاج للمذهب الذى يذهب إليه .

٤٤ — جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضى سماونه ، وبهامشه حواشى وتعاليق للمحقق خير الدين الرملى ، الطبعة الأولى ببولاق عام ٣٠٠ — ١٣٠١هـ فى جزئين ، وقد فرغ المؤلف من كتابته عام ٨١٤ . والمراد بالفصولين هو : فصول محمد بن محمود الأستروشنى ، وفصول عماد الدين وهما من أجل ما صُنف فى الفتاوى والدعاوى وفصل الخصومات . وقد حذف المؤلف « الجامع » المكرر منهما ، وزاد عليها زيادة مفيدة من كتب أخرى .

٤٥ — رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، وهو معروف بحاشية ابن عابدين ، الطبعة الثالثة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة عام ٣٢٣ — ١٣٢٦ هـ

٤٦ — غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ، وهو شرح للشيخ

أحمد بن محمد المعروف بالحموى المتوفى عام ١٠٩٨هـ على الأشباه لابن نجيم السابق ذكره وفرغ من كتابته عام ١٠٩٧هـ جزءان فى مجلد طبع الآستانة عام ١٢٩٠ هـ ، وهو ملحق بالجزء الثانى مجموعة رسائل لأحمد بن نجيم .

٤٧ — الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية ، ستة أجزاء بالمطبعة الأميرية ببولاق القاهرة عام ١٣١٠ — ١٣١١ هـ . وعلى هامش الثلاثة الأولى الفتاوى الخانية لقاضيخان المتوفى عام ٢٩٥ هـ ، وعلى الأخرى الفتاوى البزازية لابن البزاز المتوفى عام ٨٢٧ هـ ، والمجموع تأليفه جيد جامع لأبواب الفقه كلها .

٤٨ — فتح القدير لكمال الدين بن الهمام المتوفى عام ٦٨١ هـ ، مع تكملته : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لقاضى زاده المتوفى عام ٩٨٨هـ ، وهو شرح الهداية شرح بداية المبتدى ، والهداية والبداية كلاهما لبرهان الدين المرغينانى المتوفى عام ٥٩٣ هـ وبالهامش شرح العناية على الهداية لأكمل الدين البابرتى المتوفى عام ٧٨٦هـ وحاشية سعدى جلبى أو سعدى أفندى المتوفى عام ٩٤٥ على شرح النهاية المذكور .

والكتاب ، أو مجموعة هذه الكتب ، فى ثمانية أجزاء ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة عام ١٣٥٦ هـ ، وفتح القدير يعتبر أوفى كتاب ، من الكتب التى بأيدينا ، فيما يختص بعرض المذهب الحنفى وأقوال المذاهب الأخرى ، مع التدليل والترجيح لما يذهب إليه .

٤٩ — المبسوط لشمس الدين السرخسى ، طبع مطبعة السعادة بالقاهرة عام ١٣٢٤ — ١٣٣١ هـ ، والسرخسى هو أبو بكر محمد بن أبى سهل . وهذا الكتاب من الكتب الأصيلة فى المذهب ، إذ أنه يشتمل على كتب ظاهر الرواية للامام محمد بن الحسن عن الإمام أبى حنيفة ، وهو فى ثلاثين جزءاً .

٥٠ — مجلة الأحكام العدلية ، الطبعة الأولى بالآستانة عام ١٢٩٧ بمطبعة الجوائب . وهى المجلة الرسمية المحتوية على القوانين الشرعية التى وضعت لتكون للحكم بها فيما سبق به من الأيام . وقد أخذت فى مجموعها من الفقه الحنفى ، وجاءت فى ١٨٥١ مادة ، إلا أنها تشبه كتاباً فى الفقه لما جاء بالمواد من إيضاحات وأمثلة متعددة .

٥١ — مجموعة رسائل ابن عابدين ، فى مسائل كثيرة من الفقه ، طبعة الآستانة فى جزءين عام ١٣٢٥ . ومنها رسالة هامة فى اعتبار العرف فى الأحكام الفقهية عنوانها : نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف ، وهى فى الجزء الثانى من صفحة ١١٤ إلى صفحة ١٤٧ .

٥٢ — مختصر الطحاوى ، وهو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة المتوفى

عام ٣٢١ هـ ، نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند ، طبع دار الكتاب العربى بالقاهرة عام ١٣٧٠ هـ ، وهو كتاب جليل من كتب المتقدمين ، وتمتاز هذه الطبعة بفهرس تفصيلى للمسائل وبتعليقات وتحقيقات مفيدة للأستاذ أبى الوفا الأفغانى .

٥٣ — نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف ، أفضل مجموعة رسائل ابن عابدين .

٥٤ — الهداية (كتاب) شرح بداية المبتدى ، كلاهما لبرهان الدين المرغيتانى السابق ذكره فى الكلام على فتح القدير ، أربعة أجزاء ، وتم طبعه عام ١٣٢٧ هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشاب .

فقه شافعى

٥٥ — الأشباه والنظائر ، للامام جلال الدين السيوطى ، المطبعة التجارية بالقاهرة عام ١٩٣٦ م ، جزء واحد . وهو يشمل قواعد الفقه الكلية ، وما يدخل تحت كل منها من الفروع .

٥٦ — الأم (كتاب) للامام الشافعى ، الطبعة الأولى الأميرية فى سبعة أجزاء تم طبعها عام ١٣٢٦ هـ ، وقد جعلت رسالته فى علم أصول الفقه مقدمة للجزء الأول الذى طبع عام ١٣٢١ هـ .

٥٧ — حاشية الشيخ سليمان البجيرمى على شرح منهج الطلاب ، واسمها التجديد لنفع العبيد . وإن كانت لم تعرف بهذا الاسم . وشرح منهج الطلاب هو لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى المتوفى عام ٩٢٦ هـ ، ويسمى : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، كما أن متن المنهج له أيضاً . وهى الحاشية مع الشرح والمتن فى أربعة مجلدات ، طبع بولاق بالقاهرة عام ١٢٩٢ هـ ، وقد توفى البجيرمى عام ١٢٢١ هـ

٥٨ — مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد الشربينى الخطيب المتوفى عام ٩٧٧ هـ ، وهو شرح على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى عام ٦٧٦ هـ ، نشر مصطفى الحلبى سنة ١٩٣٣ — ١٣٥٢ هـ فى أربعة مجلدات .

٥٩ — نهاية إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، وبهامشه حاشية أبى الضياء الشيخ على الشبراملسى وحاشية الرشيدى . والجميع فى ثمانية مجلدات ، طبع بالمطبعة البهية المصرية لصاحبها محمد مصطفى عام ١٢٨٦ هـ بالقاهرة .

٦٠ — الوجيز فى فقه مذهب الإمام الشافعى ، للامام الغزالى ، مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ . وهو كتاب محرر فى المذهب ، مع المقارنة بالمذاهب الأخرى بإيجاز ، فى جزئين .

فقه مالـكى

٦١ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد المشهور بالحفيد وبفيلسوف قرطبة بالأندلس المتوفى عام ٥٩٥هـ . جزءان طبع مطبعة الاستقامة عام ١٩٣٨ م ، وهوكتاب فى الفقه المالـكى مع عرض المذاهب الأخرى ، فهو دراسة مقارنة ، فضلا عن أنه كتاب فى فلسفة الفقه عامة أيضاً .

٦٢ — بلغة السالك لأقرب المسالك ، للشيخ أحمد الصاوى ، على الشرح الصغير للدردير ، طبع بولاق عام ١٢٨٩ هـ . وهو فى جزئين ، ومن كتب المذهب القيمة الغنية بكثرة المسائل والاستدلال مع الإيجاز .

٦٣ — حاشية شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الـكبير للدردير طبعة بولاق عام ١٢٩٥ هـ ، فى أربعـة أجزاء . وهو كتاب دقيق كثير المسائل والتفريعات ، ويرشد إلى مراجعه من أمهات كتب المذهب .

٦٤ — المقدمات الممهدات ، لابن رشد الجد قاضى الجماعة بقرطبة المتوفى عام ٥٢٠ عام ولادة حفيده الفيلسوف . الطبعة الأولى ، مطبعة السـعادة بالقاهرة عام ١٣٢٥ هـ . كتاب قيم وهام جداً لمعرفة المذهب على أساس ما جاء «بالمدونة» المشهورة فهو يمهد حقاً لفهمها وبيان ما قامت عليه من الأحكام وأمهات المسائل والمشاكل التى احتوتها .

٦٥ — مواهب الجليل لشرح مختصر أبى الضياء سيدى خليل ، لإمام المالـكية فى عصره محمد بن عبد الرحمن ، المغربى الأصل المـكى المولد المعروف بالحطاب ، المتوفى عام ٩٥٤ هـ . وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق ، المتوفى ٨٩٧هـ . الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة عام ١٩٢٨ ، ١٩٢٩ م . كتاب فى ستة أجزاء ضخام ، يجمع بين أفتية أقوال وآراء علماء المذهب الأصلاء ، مع نسبة الهام منها لمرجعه الأول ، إلا أنه يحتاج لفهرس تفصيلى دقيق .

٦٦ — القوانين الفقهية ، لابن جزى ، وهو محمد بن أحمد بن جزى (الـكلبى الغرناطى المتوفى عام ٧٤١ هـ ، طبع مطبعة النهضة بتونس عام ١٩٢٦ م وهو كتاب جمع بين الإيجاز والبيان ، وتضمن فى أوائله المسائل الهامة من علم الـكلام ، ثم أخذ

بعد ذلك فى أبواب الفقه المعروفة ، وختمه بجمل فى السيرة والتاريخ والتصوف والأخلاق وقد عُنى مؤلفه ، فيما يختص بالفقه ، ببيان مذهب مالك فى كل مسألة مع ذكر الخلافات الهامة لأصحاب المذاهب الأخرى .

فقه حنبلى

٦٧ — إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين بن قيِّم الجَوزيّة المتوفى عام ٧٥١ هـ . طبعه منير الدمشقى بلا تاريخ ، فى أربعة أجزاء ، وهو كتاب قيم حقاً ، وفيه كثير من الدراسات المقارنة فى المذاهب المختلفة ، كما أنه يمثل الفقه الإسلامى الحىّ المتطور حسب الزمان والمكان .

٦٨ — القواعد فى الفقه الإسلامى ، للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى عام ٧٩٥ هـ ، الطبعة الأولى عام ١٩٣٣ م بمطبعة الصدق الخيرية بالقاهرة ، عنى فيه مؤلفه بجمع القواعد العامة للفقه وبآخره فهرس متقن لجلال الدين نصر الله البغدادى الحنبلى ، جمع فيه مسائل الكتاب مرتبا لها على أبواب الفقه حسب تشاكل المسائل ومناسبة بعضها البعض ، لا على ترتيب المؤلف ، فصار أداة طيبة تكشف للباحث سريعا عما يريد .

٦٩ — كشاف القناع على متن الإقناع ، لشيخ الإسلام منصور بن إدريس الحنبلى ، وبهامشه شرح منتهى الإرادات لشيخ الإسلام منصور بن يونس البهوتى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الشرقية عام ١٩ — ١٣٢٠ هـ ، فى أربعة أجزاء ، وهو أجود الكتب وأوفاها التى رجعنا إليها فى المذهب

٧٠ — مجموعة الرسائل والمسائل ، لشيخ الإسلام تقى الدين ابن تيمية المتوفى عام ٧٢٨ هـ ، الطبعة الأولى فى خمسة أجزاء ، بمطبعة المنار عام ٤١ — ١٣٤٩ هـ .

٧١ — مجموعة فتاوى ابن تيمية ، مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة عام ٢٦ — ١٣٢٩ هـ ، فى خمسة مجلدات وهو كتاب جامع لفتاوى فى نواح متعددة فى العقائد والتصوف وغير ذلك ، كما يشمل كثيراً من أبواب الفقه ومسائله وبخاصة فى المعاملات بالجزء الثالث ، وفى هذا الجزء رسالته الهامة فى العقود والشروط .

٧٢ — مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ، عمل بدر الدين أبى عبدالله محمد بن على الحنبلى البعلى المتوفى عام ٧٧٧ هـ ، طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية عام ١٩٤٩ .

٧٣ — المغنى ، لأبى محمد عبد الله بن قدامة المقدسى المتوفى عام ٦٢٠ هـ ، الطبعة

الثالثة عام ١٣٦٧ هـ لدار المنار بالقاهرة فى تسعة أجزاء ، وهو كتاب جيد فى الفقه الحنبلى مع تعرض للمذاهب الأخرى وبذلك يمكن عدّه فى كتب الفقه المقارن .

٧٤ — نظرية العقد ، لابن تيمية . نشر دار أنصار السنة المحمدية عام ١٩٤٩ م ، وهذه التسمية فيها تلبيس من الناشر بلا ضرورة فهذا الكتاب يسمى كتاب العقود كما جاء بمقدمته ، على أنه لا يخرج كثيراً عن رسالة العقود والشروط المنشورة بالجزء الثالث من مجموعة فتاوى ابن تيمية .

مذاهب أخرى

٧٥ — اختلاف الفقهاء ، لمحمد بن جرير الطبرى المؤرخ والمفسر المعروف والمتوفى عام ٣١٠ هـ ، نشر المستشرق الألمانى فِريدْريك كِرْن القطعة الموجودة بمصر منه ، الطبعة الأولى بمطبعة الموسوعات والترقى بالقاهرة عام ١٩٠٢ .

٧٦ — أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، طبع القاهرة عام ١٩٤٤ م وهى رسالة لطيفة الحجم عن الشيعة الإمامية وأصولها ومذهبها فى علم الكلام وعلم الفقه .

٧٧ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للامام المهدى أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى عام ٨٤٠ هـ ، الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٩٤٨ ، فى أربعة أجزاء . وهو كتاب يقوم على المذهب الشيعى ، إلا أنه يتعرض لأقوال وآراء الفقهاء الآخرين فهو عمل جيد يجب الإفادة منه .

٧٨ — الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، لشرف الدين الحسين الحَيْثمى اليمنى الصنعانى المتوفى عام ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة عام ٤٨ — ١٣٤٩ هـ الطبعة الأولى . وهو كتاب جليل فى أربعة أجزاء ومنزلته فى الفقه الشيعى وتعرضه للمذاهب الأخرى كسابقه ، والمجموع هو للامام زيد بن على رضى الله عنهما .

٨٩ — المُحَلّى فى الفقه الظاهرى . لأبى محمد على بن حزم المتوفى عام ٤٥٦ هـ ، طبع منير الدمشقى عام ٣٤٧ — ١٣٥٢ هـ ، فى أحد عشر جزءا وكل جزء ينتهى بفهرس تفصيلى جيد . وفى الكتاب عرض للمذهب الظاهرى وللمذاهب الأخرى ، مع الاحتجاج القوى للمذهب فى عنف أحيانا كثيرة .

بحوث فقهية مقارنة معاصرة

٨٠ — أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ الشيخ على الخفيف الطبعة الثالثة عام ١٩٤٧ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية .

٨١ — الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى الشرع الإسلامى (مذكرة مبتدأة فى بيان) للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ، نشر عبدالله وهبه بالقاهرة سنة ١٩٤٤م

٨٢ — العقود والشروط والخيارات ، بحث لفضيلته أيضا ، نشر بمجلة القانون والاقتصاد بالعدد السادس من السنة الرابعة فى نوفمبر عام ١٩٣٤ م.

٨٣ — فلسفة التشريع فى الإسلام ، للاستاذ الدكتور صبحى محمصانى ، طبع بيروت عام ١٩٤٦ م . وهى دراسة مقارنة للمذاهب الفقهية مع القوانين الحديثة ، ففيها فائدة كبيرة لدراسى الفقه الإسلامى المقارن ، فضلا عن عناية المؤلف بالتعريف بكبار رجالات كل مذهب من مذاهب أهل السنة والشيعة ، وبالمؤلفات الهامة فى كل مذهب .

٨٤ — المعاملات الشرعية المالية ، للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ، طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٩٣٦ م .

٨٥ — الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة الطبعة الأولى عام ١٩٣٩ م مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بالقاهرة .

٨٦ — النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الدكتور صبحى محمصانى ، طبع بيروت عام ١٩٤٨ . كتاب فى جزءين على الطريقة العلمية المقارنة ، وهو غنى بالمراجع الأصيلة .

فى القانون

٨٧ — أصول القانون للأستاذين الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، طبع لجنة التأليف بالقاهرة عام ١٩٥٠ م . وهو ، على وجازته ، كتاب قيم فى موضوعه .

٨٨ — شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول فى النظرية العامة للحق العينى للأستاذ الدكتور شفيق شحاته المطبعة العالمية بالقاهرة عام ١٩٥١ م .

٨٩ — شرح القانون المدنى الجديد ، الحقوق العينية الأصلية ، للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ، ج ١ طبع المطبعة العالمية بالقاهرة عام ١٩٤٩ م .

٩٠ — عقد المدة أو العقد المستمر والدورى التنفيذ للأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الأول عام ١٩٥٠ م وهو بحث غنى بالاستقلال فى التفكير وعمق التحليل .

٩١ — مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث، للأستاذ السعيد مصطفى السعيد ، مطبعة الاعتماد بالقاهرة عام ١٩٣٦م وهو بحث قيم مقارن وفيه إنصاف للشريعة الإسلامية فى نواح عديدة .

٩٢ — مذكرات فى نظرية الالتزام ، الدكتور عبد الحى حجازى ، مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة عام ١٩٥٢ ، الطبعة الأولى . وهى بحوث تتميز بالعمل على الاستقلال بالرأى والنقد لكثير من آراء غيره .

٩٣ — نظرية العقد للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الطبعة الأولى بمطبعة دار الكتب المصرية عام ١٩٣٤ وهو كتاب ضخم فى أكثر من ألف صفحة ويعتبر بحق موسوعة علمية قيمة فى موضوعه ، والباحثون فى نظرية العقد يجدون خيرا كثيرا فى الرجوع إليه .

٩٤ — الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، للأستاذ الدكتور السنهورى ، دار النشر للجامعات المصرية عام ١٩٥٢ .

فهرست الموضوعات

المقـــدمة : ٥ — ٧

قيمة الدراسة المقارنة ، ضرورة مدخل لدراسة الفقه ، تقسيم الموضوع .

القسم الأول ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ٩ — ١٥٧

الشريعة والفقه ١٠ — نشأة الفقه وتدرجه ١٣ — الأدوار التي مر بها الفقه ١٩ — دور النشأة ٢٠ — دور الشباب ٢٨ — دور التدوين والنضج والكمال ٥٠ — دور التقليد ٥٦ — حركة بعث جديد ٦٣

المذاهب الفقهية الهامة : ٦٤ ١١٤

المذهب الحنفي وصاحبه ٦٤ — أصوله ٦٧ — تلامذة الإمام ٦٨ — تدوينه ٧٢ — المذهب الشافعي ومؤسسه ٧٥ — أصوله ٧٨ — تدوينه ٧٩ — ناشروه ٨٠ — المذهب المالكي ومؤسسه ٨١ — أصوله ٨٤ — رواته ٨٦ — المذهب الحنبلي وصاحبه ٩١ — أصوله ٩٢ — وتدوينه ونشره ٩٣ — فقه الشيعة ٩٦ — الزيدية ٩٧ — الإمامية ٩٨ — الزيدية والإمامية عن المستشرق بروكلمان ١٠٢ — الزيدية ١٠٣ — الإمامية ١٠٦ — مذاهب اندثرت : مذهب الأوزاعي ١١٠ — الثوري ١١١ — الليث بن سعد ١١٢ — داود الظاهري ١١٢ الطبري ١١٤

أصول الفقه ومصادره : ١١٥ — ١٣٥

تعدادها وتداخلها ١١٥ — الكتاب ١١٦ — السنة ١١٩ — الاجماع ١٢٢ — القياس ١٢٥ — الاستحسان ١٢٨ — المصالح المرسلة ١٣٢

طبيعة الفقه الإسلامي أو خصائصه : ١٣٦ — ١٥٧

أهم هذه الخصائص ١٣٦ — أساسه الوحي ١٣٧ — التمهيد لأحكامه ١٣٧ — مثل لذلك ١٣٨ — جزاؤه دنيوي وأخروي ١٤١ — نزعته الجماعية ١٤٢ — قابليته للتطور ومن وسائل ذلك العرف ١٤٧ — مسألة تأثره بالقانون الروماني ١٥١ — الغرض من دراسته وطريق الإفادة منه ١٥٤

القسم الثاني ، الأموال : ١٥٩ — ٢٠٠

المال وتعريفه ١٦١ — أقسامه ١٦٣ — الملك وتعريفه ١٦٥ — تقسيم المال بالنسبة للملكية ١٦٦ — أقسام الملك ١٦٧ — أنواع الملك الناقص ١٦٧ — أحكام الملك الناقص ١٦٨ — انتهاء حق المنتفع ١٧٠ — حقوق الارتفاق ١٧١ — حق الشرب ١٧٢ — حق المجرى ١٧٧ — حق المسيل ١٧٨ — حق المرور ١٧٩ — حق الجوار ١٨١ — أسباب الملك التام ١٨٥ — الاستيلاء على المباح ١٨٦ — إحياء الموات ١٨٦ — الاصطياد ونحوه ١٩٠ — المعادن ونحوها ١٩٤

الأسباب الناقلة للملكية : ٢٠٠ — ٢٤٥

أنواعها ٢٠٠ — الميراث ٢٠١ — الشفعة وتعريفها ٢٠٣ — دليلها وحكمتها ٢٠٤ — موضوعها ٢٠٥ — نظرة القانون المدني للشفعة ٢٠٧ — الشفعة في المنقول عند ابن حزم ٢٠٩ —

من هو الشفيع ٢١٢ — تزاحم الشفعاء ٢١٦ — غيبة بعض الشفعاء ٢١٨ — شروط الشفعة ٢٢٠ — إجراءات الشفعة ٢٢٨ — تصرف المشترى فى المشفوع فيه ٢٣١ — ما تسقط به الشفعة ٢٣٨ — أحكام عامة : الحط من الثمن ٢٤١ — تأجيله ٢٤٢ — هل لا يقضى بالشفعة إلا بعد دفع الثمن ؟ ٢٤٣ — تنازل أحد الشفعاء عن الشفعة ٢٤٤

القسم الثالث ، نظرية العقد : ٢٤٧ — ٥٠٨

إهمال الفقهاء لنظرية العقد ٢٤٩ - التصرف والعقد ٢٥٠ — تعريف العقد ٢٥٠ — تقسيم البحث إلى أبواب أربعة ٢٥٣

الباب الأول : فى تكوين العقد ، الإيجاب والقبول ٢٥٤ — خروج الموجب عن الأهلية ٢٦٢ — صيغة العقد ٢٦٤ — القول والإشارة ٢٦٥ — الرسالة والكتابة ٢٦٩ — العقد بالمعاطاة ٢٧٠ — الإرادة الواحدة وأثرها : المذهب الشخصى والمذهب المادى ٢٧٤ — الالتزام بإرادة واحدة ٢٧٥ — العقد بإرادة واحدة ٢٧٨ — النية واللفظ فى العقود ٢٨٤ — حالة من لا يفهم أن تعبيره يفيد الالتزام ٢٨٥ — حالة النوم والسكر والهزل والخطأ ونحوها ٢٨٦ — حالة من لا يقصد إنشاء التزام بعبارته ٢٩٤ — حالة المكره ٢٩٤ — حالة من يقصد إنشاء عقد آخر غير ما تدل عليه عبارته ٢٩٦ — حالة من يقصد بالعقد غرضا غير مشروع ٢٩٧ .

الباب الثانى : فى شروط العقد ، أولا ما يختص بالموضوع ٣٠٥ — شروط موضوع العقد : وجوده ٣٠٦ — قابليته لحكم العقد ٣١٠ — تعينه ٣١١ — القدرة على تسليمه ٣١٤ — ثانيا ما يختص بالعاقد : الأهلية ٣١٦ — أهلية الوجوب ٣١٧ — أهلية الأداء ٣٢١ — عوارض الأهلية ٣٢٦ — الجنون ٣٢٧ — العته والسكر ٣٢٨ - النوم والإغماء ٣٣٢ — السفه ٣٣٣ — الغفلة والدين ٣٣٦ - مرض الموت ٣٣٨ — الولاية : معناها وأنواعها ٣٤٨ — العقد بين الأهلية والولاية ٣٥١ — ما يشترط فى الولى والوصى ٣٥٢ — عقود الوكيل وتصرفاته ٣٦١ — ركن الوكالة ٣٦٣ - شروطها ٣٦٤ — تصرف الوكيل ٣٦٦ — تعدد الوكلاء ٣٧١ — حكم العقد وحقوقه ٣٧٢ - انتهاء الوكالة ٣٧٨ — تصرف الفضولى وأحكامه ٣٨٠ — سبب العقد ، تعريفه ٣٨٧ — معاني السبب ٣٨٩ — التصرف المجرد ٣٩٠ — شروط السبب ٣٩٢ — عيوب العقد ٣٩٤ — الإكراه ٣٩٥ — الغلط ٤٠٠ — التدليس ٤٠٢ — الغبن والتغرير ٤٠٤ — مدى الحرية فى العقود والشروط ٤١٠ — رأى المضيقين فيها ٤١٥ — رأى الموسعين من الأحناف وغيرهم ٤٢٠ — الشروط الفاسدة والعقود ٤٢٥ — رأى الحنابلة ٤٢٧ — رأى ابن تيمية ٤٢٨ — الشروط فى عقود المعاوضات ٤٣١ — فى عقود التبرعات ٤٣٢ — الزواج ٤٣٣

أقسام العقد ، أولا : حسب حكمه ووضعه ٤٣٥ — العقود المكروهة ٤٤٥ — النافذ والموقوف ٤٤٦ — اللازم وغير اللازم ٤٤٧ — ثانيا : العقد حسب طبيعته أو اتصال حكمه بصيغته ٤٤٨ — العقد المنجز ٤٤٨ — قسمة العقود بالنسبة للاضافة ٤٥٣ — قسمة العقود بالنسبة للتعليق ٤٥٤ — العقد الفورى والعقد المستمر ٤٥٨ — ثالثا : العقد من ناحية آثاره ٤٦٣ — الخيارات ، معناها والحاجة إليها ، خيار التعيين ٤٦٦ — خيار الشرط ٤٧٠ — خيار الرؤية ٤٨١ — خيار العيب ٤٨٧

انتهاء العقد ، العقود اللازمة ، الفسخ للفساد ٤٩٦ — بسبب الخيار ، للاقالة ٤٩٧ — لعدم التنفيذ ٤٩٨ — لإنتهاء مدة العقد ٥٠١ — فى العقود غير اللازمة ٥٠١ — أثر الموت فى انتهاء العقد ٥٠٢ — العقود الموقوفة ٥٠٧ — خاتمة ٥٠٨

أخطاء مطبعية نعتذر عنها ، ونرجو العناية بتصحيحها

ص	س	خطأ	صواب
١٠	الهامش	كشفاف	كشاف
١٢	٨	وقبادل	وتبادل
١٣	١٥	الأندلس	الأندلسى
١٤	٢٠	وتقديره	وتقريره
١٥	٧ هـ[1]	ذو	ذوو
٢٦	٣ هـ	زود	ذود
٤٩	٩	جهرت	جهرة
٩٨	٣	يضم النصف الثانى إلى السطر الأول	
٩٩	٨ هـ	وفقائهم	وفقهائهم
١٠٢	٣ هـ	Cari	Carl
١٠٤	٢٠	يحذف : بن نال	
١٠٥	٢٢	كتاب	كتب
١٢٢	١ هـ	١٣٥	١٢٥
١٢٧	٣ هـ	لاعجوزاً	لاعجوزاً
١٤١	١ هـ	القوانين	القانون
١٤٣	١٨	بالحماعة	بالجماعة
١٤٣	٢٠	كشاهدهم	مشاهدهم
١٤٣	٢١	عبيدة	عبيد
٢٠٦	١٥	نُقل	نقل
٢٠٦	٥ هـ	٢٤٩	٨٧
٢١٠	١ هـ	٨٤ — ٨٥	٨٤
٢٢٢	٦	نرى	يرى
٢٣٧	٤	صنعة	صُنعه
٢٣٧	١١	يحذف : ولأن هذا النقص ليس بجناية أحد	
٢٥٥	١١	شرطان	ثلاثة شروط

(١) هـ = هامش

ص	س	خطأ	صواب
٢٦٣	٤	العدل	العدول
٢٧٢	١ هـ	حاشية	وحاشية
٢٨٨	٣	التراخى	التراضى
٢٨٨	٥	الإسم	الإثم
٢٩١	٧	عقد	عقداً
٢٩٨	١ هـ	(٣)	(١)
٢٩٨	٢ هـ	(٤)	(٢)
٢٩٩	٦	ممن	من
٢٩٩	١٢	الفتنة	فى الفتنة
٣١٨	١١	المنصور	المنصوص
٣٣١	٢٠	نبطل	نعتبر
٣٣٦	١٦	يحذف : ولكن ... إلى آخر الجملة	
٣٥٢	٢	ممن	وقد يصدر ممن
٣٥٢	١٧	يقرِّر	يقرِّر
٣٥٦	٩	بنصف	بضعف
٣٥٦	١٠	بضعف	بنصف
٣٥٧	٤	شراء	[شراء
٣٥٧	٥	يحذف : [أى	
٣٥٧	٧	التضعيف	التنصيف
٣٥٧	٧	والتنصيف	والتضعيف
٣٥٩	٩	وصيه ، ولو	وصيه ولو
٣٥٩	١٢	نفسه	لنفسه
٣٨٤	١٣	طلب	وهب
٣٨٤	٢ هـ	سماوانه	سماونه
٣٨٧	١ هـ	نجعل الكلام	نتكلم هنا
٣٨٨	١٩	مالايحصل	لايحصل

بعض ما سبق نشره من الكتب للمؤلف

١ – بالعــربية

١ – مباحث فى فلسفة الأخلاق
٢ – تاريخ الأخلاق
٣ – فلسفة الأخلاق فى الإسلام وصلاتها بالفلسفة الإغريقية
٤ – ابن رشد الفيلسوف (حلقة من سلسلة أعلام الإسلام)
٥ – الفلسفة فى الشرق ، تأليف الأستاذ ماسّون – أورْسل ، مترجم عن الفرنسية
٦ – العقيدة والشريعة فى الإسلام ، للمستشرق جولْد تسْيهر ، مترجم عن الفرنسية بالاشتراك مع آخرين
٧ – مدخل لدراسة الفلسفة الإسلامية ، للمستشرق ليون جوتْييه ، مترجم عن الفرنسية
٨ – الناحية السياسية والاجتماعية فى فلسفة ابن سينا

٢ – بالفرنسية

٩ – L'ATTITUDE D' IBN ROSHD A L'EGARD DE LA PHILOSOPHIE ET DE LA RELIGION.
١٠ – LA PER SPECTIVE PHILOSOPHIQUE DU CORAN.

وهما الرسالتان اللتان نال بهما المؤلف دكتوراه الدولة فى الفلسفة من السوربون بباريس بدرجة مشرف جدا .

